Derecho internacional

Poder y límites del derecho en la sociedad global

René Urueña (coordinador)

Programa de Justicia Global y Derechos Humanos
Universidad de los Andes

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

SERIE JUSTICIA GLOBAL

Derecho internacional:
Poder y límites del derecho en la sociedad global

René Urueña (compilador)

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Derecho internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global / René Urueña (compilador).
-- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2014.
560 p.; 16 x 23 cm.

Otros autores: George Bandeira, Liliana Obregón, Ricardo Alarcón, Sebastián Machado, Guillermo Otálora, Mónica García-Salmones, Marina C. Brilman, Lina M. Céspedes-Báez, Beatriz Eugenia Sánchez Mojica, Nicolas Letts, Diego Acosta, Russell Buchan, Helena Alviar García, Alan Yanovich, Martins Paparinskis, Maurizia De Bellis, Prabhakar Singh, Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, Alejandro Ramelli.

ISBN 978-958-774-064-6

1. Derecho internacional I. Urueña Hernández, René Fernando II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho

CDD 341. SBUA

Primera edición: enero de 2015

© René Urueña (compilador)
© De la traducción del capítulo 1: María Angélica Prada
© De la traducción de los capítulos 5, 10, 13, 14, 15 y 16: Rebecca Lawson Pendleton (Revisores de la traducción de dichos capítulos: María Angélica Prada, María Cecilia Ibáñez y René Urueña)
© Del capítulo 16: The Foundation for the Leiden Journal of International Law, published by Cambridge University Press, translated with permission

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Carrera 1.ª núm. 19-27, edificio Aulas 6, piso 2
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 3394949, ext. 2133
http://ediciones.uniandes.edu.co
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-064-6
ISBN e-book: 978-958-774-065-3

Cuidado de la edición: Tatiana Grosch
Diagramación interior: Angélica Ramos
Diseño de cubierta: Neftalí Vanegas
Imagen de cubierta: *Cuotas territoriales*, de Jairo Llano
Sobre la imagen de la cubierta: "El hombre occidental ha desarrollado estrategias de conquista y dominio de su territorio así como sus formas de habitarlo. Para ello, se ha valido de los límites como herramienta para ordenar un espacio, un comportamiento, un sistema determinado. Sin embargo, generar unos límites implica necesariamente su transformación, y con ello la temporalidad de las plataformas que consolida el hombre: *Cuotas territoriales* es un proyecto de imagen y territorio que busca establecer un espacio de trabajo en el cual los límites, las escalas y las funciones vayan cambiando y sorprendiendo al espectador. Por medio de la iconografía del campo de juego, establezco una clara alusión al espacio determinado, y mediante intervenciones en este, establezco la arbitrariedad de lo 'estable' para volverlo variable y cambiante". J. Ll.

Impresión:
Nomos Impresores
Diagonal 18 Bis núm. 41-17
Teléfono: 2086500
Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in* Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Contenido

AGRADECIMIENTOS vii

INTRODUCCIÓN
El poder y los límites del derecho internacional
en la sociedad global ix
René Urueña

PRIMERA PARTE
Teoría e historia del derecho internacional 1

1. ¿Para qué estudiar la historia del derecho internacional? 3
George Bandeira

2. ¿Para qué un derecho internacional latinoamericano? 27
Liliana Obregón

3. La noción de "sociedad" en el derecho internacional 61
Ricardo Alarcón, Sebastián Machado y Guillermo Otálora

4. ¿Hay lugar para lo sagrado en derecho internacional? 101
Mónica García-Salmones

5. Permanencia y cambio de la normatividad
en el derecho internacional 131
Marina C. Brilman

SEGUNDA PARTE
Derecho internacional y la protección del ser humano 177

6. La posición del individuo en el derecho internacional:
Del nacimiento de la persona natural a la vida jurídica internacional 179
Lina M. Céspedes-Báez

7. El lugar de los derechos humanos en el derecho internacional 207
Beatriz Eugenia Sánchez Mojica

8. El uso de la fuerza en derecho internacional 239
Nicolas Letts

9. Escudo y espada: Explorando el papel del derecho
internacional en la construcción de la guerra 261
René Urueña

10. El propósito del derecho penal internacional:
Una perspectiva de aplicación 293
Diego Acosta y Russell Buchan

TERCERA PARTE
Economía y derecho internacional 319

11. El TLC con los Estados Unidos: Redefiniendo
los límites del debate 321
Helena Alviar García

12. La Organización Mundial del Comercio: Marco general,
normativa y desafíos 343
Alan Yanovich

13. Derecho internacional de protección de la inversión 381
Martins Paparinskis

14. Normas financieras globales y redes regulatorias:
La perspectiva global del derecho administrativo 411
Maurizia De Bellis

CUARTA PARTE
Derecho internacional en acción 443

15. Derecho internacional de la responsabilidad del Estado hoy 445
Prabhakar Singh

16. Las funciones de los tribunales internacionales:
Una evaluación a la luz de su creciente autoridad pública 471
Armin von Bogdandy e Ingo Venzke

17. Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno 511
Alejandro Ramelli

SOBRE LOS AUTORES 535

Este libro es el producto de un largo proceso en el que participaron numerosas personas, a todas ellas les extiendo mi agradecimiento. También a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, un espacio excepcional para la discusión de los temas que inspiran este volumen. La decana, Helena Alviar, y Carlos Alberto Correa, secretario de la Facultad, fueron especialmente generosos con su tiempo en la búsqueda de recursos para el desarrollo de este proyecto.

Los autores cuyos textos aquí se incluyen merecen mi mayor gratitud. Los contacté para responder, con textos originales, preguntas que sugerían debates perennes y aún controversiales en derecho internacional, todos los autores supieron abordar su tema de manera concisa y clara. Posteriormente, mostraron enorme paciencia con un proceso editorial que, entre traducciones y revisiones, mostró ser más extenso de lo esperado por todos.

El capítulo 1 fue originalmente escrito en portugués, y fue traducido al español por María Angélica Prada. Los capítulos 5, 13, 14,15 y 16, así como algunos apartes del capítulo 10, fueron escritos originalmente en inglés, y fueron traducidos de manera conjunta al español por Rebecca Pendelton, María Angélica Prada, María Cecilia Ibáñez y René Urueña.

Este libro no habría sido posible sin la colaboración de María Angélica Prada Uribe. Desde el contacto inicial con los autores impulsó con entusiasmo el proceso, compartiendo su tiempo y sus valiosas opiniones. Adicionalmente, revisó algunas de las traducciones con gran acierto, en compañía de María Cecilia Ibáñez García, a quien también doy las gracias.

Sandra Ducón, coordinadora de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, hizo un gran trabajo editorial, en colaboración con César Rodríguez Garavito, director de la colección. Por su parte, dos pares anónimos dieron valiosos comentarios al texto, los cuales enriquecieron el proceso y el resultado.

Catalina es, nuevamente, la inspiración y la razón de ser de este esfuerzo. Este libro está dedicado a Emilia.

Bogotá, octubre de 2014

INTRODUCCIÓN

El poder y los límites del derecho internacional en la sociedad global

René Urueña

Tres contra-intuiciones

La enseñanza del derecho internacional público en América Latina se caracteriza actualmente por tres intuiciones centrales: (a) que es "bueno"; (b) que es "derecho"—y si lo es o no es una pregunta importante—; y, finalmente, (c) que constituye un "sistema". Veamos brevemente en qué consiste cada una de esas intuiciones.

Comencemos por la idea de que el derecho internacional es "bueno". Esta idea, por supuesto, no aparece generalmente expresada en esos términos. Sin embargo, la narrativa que subyace en gran parte de los manuales de derecho internacional de la región es que los Estados son egoístas y buscan satisfacer sus intereses de manera violenta. Entra, entonces, el derecho internacional a facilitar la cooperación armónica entre Estados, imponiendo la razón de la comunidad internacional a la irracionalidad de los intereses estatales, y protegiendo valores universales como la dignidad humana o los derechos humanos.

Es natural que esta idea haya prosperado en América Latina. En una región donde los Estados han mostrado, con frecuencia, su incapacidad (o su abierta falta de voluntad) para proteger a sus ciudadanos, resulta lógico que sea atractiva la idea de que ese Estado incompetente o represor no es la última autoridad, o de que hay una moralidad superior a la que el Estado debe someterse. El derecho internacional funcionaría como esa autoridad superior, que trae justicia donde el Estado la niega.

La segunda intuición central es que el derecho internacional es, en efecto, "derecho". Ahora bien, para ser sinceros, esta idea refleja más un

temor profundo que una intuición. Este temor surge de lo que se ha llamado el reto austiniano, según el cual el derecho internacional no es verdaderamente derecho por no contar con un sistema centralizado que obligue a los Estados a cumplir con sus mandatos (como, por ejemplo, un ejército internacional). Este desafío obsesionó a la literatura jurídica internacionalista durante la primera mitad del siglo xx y, por esa vía, terminó inspirando gran parte de la enseñanza del derecho internacional en nuestra región.

América Latina fue terreno fértil para una preocupación de este tipo. El predominio de diversas variedades de positivismo jurídico en la región hizo que el desafío austiniano resonara y se percibiera como un reto fundamentalmente importante, que debía ser respondido. Si el derecho internacional pretendía ser relevante, no podía ser percibido como una simple moralidad internacional o unas reglas de diplomacia. Debía ser visto como un verdadero *derecho*, cuyo carácter jurídico y vinculante no se pusiera en duda. Así, gran parte del trabajo en derecho internacional en la región consiste en explorar la forma en que se genera la obligación jurídica internacional: el proceso de formación de la costumbre internacional, por ejemplo, o de celebración de tratados.

Finalmente, la tercera intuición que caracteriza el estudio del derecho internacional en la región es que el derecho internacional es un sistema jurídico. Esta idea está íntimamente ligada a la preocupación mencionada anteriormente: si el derecho internacional es (y tiene que serlo, según los que se preocupan por el reto austiniano) un *verdadero* derecho, el mismo debe tener algún tipo de organización sistemática que le dé coherencia y evite las lagunas. De allí se deriva la organización tradicional de la enseñanza del derecho internacional en la región: primero, debemos enseñar las fuentes (en general, siguiendo lo estipulado por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: tratados, costumbre, principios generales del derecho, etc.), después, los sujetos (Estados, organizaciones internacionales), para cubrir posteriormente algunos temas clásicos, usualmente, responsabilidad internacional del Estado y uso de la fuerza. Finalmente, si la envergadura del texto o la extensión del curso lo permiten, se presentan algunos temas puntuales que son de especial interés para el autor o el profesor (por ejemplo, derecho internacional económico, derecho ambiental o derechos humanos).

El mensaje de esta aproximación tradicional es claro: la estructura básica del derecho internacional es similar a la de otras disciplinas jurídicas (como el derecho penal o el derecho administrativo) y debe ser estudiada de manera parecida. Existe cierta coherencia al interior del derecho internacional, la cual puede ser aprendida y debe ser respetada. Desde esta

perspectiva, no existe una diferencia esencial entre los aspectos jurídicos del derecho internacional y las diferentes ramas del derecho nacional: en realidad, se trata de sistemas jurídicos que deben ser pensados de manera parecida. Si hay alguna diferencia esencial, ésta se predicaría de los aspectos *políticos* del derecho internacional, no de sus aspectos jurídicos, con lo cual regresaríamos a la segunda intuición: el derecho internacional sí es derecho.

El presente volumen busca poner en duda esas tres intuiciones. De una parte, se alimenta de una importante línea crítica de pensamiento internacionalista contemporáneo, y muestra cómo el derecho internacional no es, simplemente, un conjunto de normas tendientes a facilitar la cooperación internacional o a regular la conducta de los Estados, sino es también partícipe en la construcción de un complejo político, ideológico e institucional que perpetúa ciertas estructuras de poder global. Así, el derecho internacional no es necesariamente "bueno", sino puede ser también leído como la piedra angular para el sostenimiento y la legitimación del colonialismo, la explotación económica, la destrucción del medio ambiente o la justificación de la violencia extrema. Esta aproximación crítica alimenta varias de las contribuciones al volumen; por ejemplo, los trabajos de George Bandeira y Liliana Obregón, sobre historia del derecho internacional, el ensayo de Ricardo Alarcón, Sebastián Machado y Guillermo Otálora sobre la sociedad internacional, el estudio sobre la guerra de René Urueña, la contribución de Helena Alviar sobre el libre comercio, así como el trabajo de Prabhakar Singh sobre responsabilidad internacional del Estado.

De igual forma, este volumen busca enfocar su atención más allá de la necesidad de probar que el derecho internacional es verdaderamente derecho. El ejercicio del poder global toma diversas formas que son relevantes en términos de derecho internacional, sin que las mismas sean necesariamente normas vinculantes en el sentido tradicional del término. La contribución de Marina Brilman es crucial para entender esta dinámica, pues presenta la normatividad internacional como un continuo entre disposiciones obligatorias (como los tratados) y aquellas claramente no obligatorias (como el *soft law*): entre estos dos extremos hay una escala de grises de disposiciones que son relevantes para entender el papel del derecho en un mundo globalizado, las cuales, sin embargo, no serían detectadas si el estudio se enfocara (como lo hace la enseñanza actual en América Latina) en las fuentes "tradicionales" del derecho internacional.

A partir de esta premisa es posible leer de manera diferente el funcionamiento del derecho internacional. La contribución de Lina Céspedes, por ejemplo, se alimenta de una serie de fuentes jurídicas no tradicionales para explorar el papel del individuo en la sociedad internacional.

El capítulo de Céspedes puede ser leído en conjunto con el trabajo de Beatriz Sánchez, quien elabora en numerosos instrumentos de *soft law* para lograr una interesante discusión sobre el lugar de los derechos humanos en el derecho internacional. Por su parte, Maurizia De Bellis ilustra de manera clara cómo la enseñanza tradicional del derecho internacional simplemente obvia áreas cruciales de práctica jurídica: en su ensayo, De Bellis dibuja un completo mapa de la regulación financiera internacional, la cual tiene (por obvios motivos) implicaciones cruciales en la distribución del poder en el mundo globalizado. Y, sin embargo, ninguna de las instituciones o normas estudiadas por De Bellis clasificarían para ser incluidas en un curso tradicional de derecho internacional público en nuestra región.

Algo similar ocurre con los trabajos de Martins Paparinskis y de Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, los cuales también pueden ser leídos conjuntamente de manera fructífera. Tanto Paparinskis como Von Bogdandy y Venzke se centran en el ejercicio de la función judicial en el ámbito internacional. Como es sabido, la perspectiva tradicional sugiere que las decisiones judiciales son simples "fuentes jurídicas auxiliares", y que las cortes internacionales simplemente solucionan conflictos entre los dos o más actores que están presentes ante ellas. Nada más alejado de la realidad: Paparinskis nos muestra cómo el arbitraje inversionista-Estado termina creando normas que son posteriormente aplicadas por otros tribunales. Por su parte, Von Bogdandy y Venzke desarrollan un marco teórico respecto a cómo debemos entender este ejercicio de poder global y proponen una ácida crítica de la visión tradicional, según la cual las cortes son instituciones de solución de disputas, sin ningún papel diferente en el orden jurídico internacional.

El hecho de que este volumen no esté preocupado por el carácter verdaderamente "jurídico" del derecho internacional le permite también participar en interesantes debates respecto a las variables que forman el marco ideológico en el que actúan las normas internacionales. Más allá del carácter jurídico de ciertas normas, es claro que el derecho internacional usa ciertos conceptos como criterio de análisis valorativo de ciertas conductas: por ejemplo, el valor "sagrado" de la vida o la voluntad de "la sociedad internacional". El estudio tradicional del derecho internacional en nuestra región descarta esas referencias como simple retórica vacía y las considera relevantes sólo cuando son positivizadas en una norma vinculante (como ocurre, por ejemplo, con el concepto de humanidad o de dignidad humana). En contraste, este volumen se toma en serio la posibilidad de que estos conceptos tengan un impacto en el derecho internacional, aún si no están cristalizadas en derecho positivo —la contribución de Mónica García respecto al valor de lo sagrado en derecho internacional, es un buen ejemplo,

al igual que el ensayo de Machado, Alarcón y Otálora sobre la evolución del concepto de sociedad internacional.

El derecho internacional en sus contextos

La intuición final a la que hemos hecho referencia anteriormente se aproxima al derecho internacional como un cuerpo de normas con aspiraciones de coherencia, la cual puede ser discernida mediante el estudio organizado de las fuentes y los sujetos del derecho, los cuales son después aplicados a ciertas áreas especializadas.

Este volumen procura presentar una alternativa a esta forma de entender y enseñar el derecho internacional. Propone pensarlo como resultado de su contexto y no como una serie de reglas derivadas de principios generales abstractos. Por supuesto, no existe un único contexto del cual surge el derecho internacional. Por lo tanto, el volumen se estructura alrededor de cuatro propuestas para pensar de manera contextual: en primer lugar, el lugar del derecho internacional en la historia de las ideas (del cual forman parte los trabajos de Bandeira, Obregón, García, y, finalmente, Brilman). En este primer bloque se debe estudiar también esa idea dominante que genera el contexto por excelencia del derecho internacional: la "sociedad internacional". Más que una realidad social, la historia de la sociedad internacional es la historia de una idea, tal como lo prueban Otálora, Machado y Alarcón. En segundo lugar, el volumen propone estudiar el derecho internacional respecto a la protección del ser humano (este tema lo abordan los trabajos de Céspedes, Sánchez, Letts, Urueña y, por último, Acosta y Buchan). En tercer lugar, el lugar del derecho internacional en la economía (Alviar, Yanovich, Paparinskis y De Bellis). Y, finalmente, su lugar respecto a las cambiantes circunstancias de la sociedad internacional (Von Bogdandy y Venzke, Singh y Ramelli). Al proponer estos contextos, el volumen pretende sugerir que no existe un único sistema de derecho internacional, sino más bien una serie de soluciones jurídicas internacionales formuladas en reacción a desafíos en variados contextos.

Esta estructura permite cuestionar la diferencia marcada entre la creación del derecho internacional y su aplicación. Esta idea está íntimamente ligada con la idea de que el derecho internacional es realmente derecho, por oposición a la moralidad internacional o a la diplomacia. Desde esta perspectiva, hay un momento en la historia en que el derecho se *crea* (por ejemplo, cuando se celebra un tratado) y hay otro momento, diferente en la historia, cuando el derecho se *aplica* (por ejemplo, cuando una corte decide

un caso con base en la norma existente). Sin embargo, la realidad es menos clara. Estudiar el derecho internacional en sus contextos nos permite ver que el momento de la creación y la aplicación del derecho se confunden con frecuencia en uno solo. Como se observa en las contribuciones de Brilman sobre normatividad internacional, de Sánchez sobre derechos humanos, de De Bellis sobre regulación financiera, así como en los textos de Paparinskis sobre arbitraje de inversión, de Urueña sobre derecho de la guerra, y de Von Bogdandy y Venzke en el contexto de los tribunales internacionales, entre otros, el proceso de creación del derecho internacional implica, a su vez, un papel central de las instancias de cumplimiento. Por ejemplo, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia son parte del proceso de creación de normas, las cuales, a su vez, serán aplicadas por esta corte y otros actores internacionales. Como muestran las contribuciones citadas, la división entre creación normativa y aplicación normativa, entre el "sistema jurídico" y proceso político o policivo de cumplimiento normativo, es confusa y puede llevar a equívocos.

El volumen busca también cuestionar la idea de una fragmentación radical del derecho internacional. En el extremo opuesto de los que creen que el derecho internacional es un sistema jurídico neutro que se aplica a problemas particulares, encontramos a quienes creen que el derecho internacional es, en realidad, la colección de regímenes especializados autocontenidos, que tienen en su interior sus propias reglas de validez y su propia estructura institucional para hacer cumplir sus reglas. Así, los derechos humanos serían un sistema autocontenido, con su propio *telos* (la protección del ser humano) y sus propias cortes (la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo), el cual estaría radicalmente separado de, por ejemplo, el derecho internacional económico, que tendría, a su vez, su propio *telos* (la protección del libre comercio) y sus propias cortes (la Organización Mundial del Comercio o los tribunales de arbitraje de inversión).

Estudiar el derecho internacional en sus contextos permite observar que esta fragmentación radical no es del todo cierta. Por supuesto, existen sensibilidades argumentativas propias de cada área especializada del derecho internacional (derecho ambiental o derechos humanos). También es posible que existan sesgos estructurales en algunas instituciones o entre algunos grupos de expertos jurídicos; es decir, es probable que la Corte Interamericana de Derechos Humanos esté sesgada para entender, por ejemplo, el problema de una represa en territorio indígena como un problema de derechos humanos y no como un problema de derecho de inversión extranjera, mientras que el sesgo contrario puede ser observado en un tribunal de

arbitraje de inversión. Sin embargo, es difícil adscribir una agenda política unidimensional a cada uno de estos regímenes especializados y más difícil aún tratar de predecir los resultados de una cierta institución: el derecho de los derechos humanos puede ser usado para defender políticas conservadoras o neoliberales (por ejemplo, defendiendo la propiedad, que es un derecho humano, en contra de medidas públicas para la protección del medio ambiente) y el derecho internacional económico puede ser usado para fines progresistas (por ejemplo, mejorando la transparencia en la forma de regular por parte del Estado). Este complejo escenario se ve reflejado en las contribuciones de Sánchez, Acosta y Buchan, Alviar, Yanovich, Paparinskis y Urueña, entre otros, quienes muestran que las conexiones entre las diferentes ramas especializadas del derecho internacional son múltiples y multidireccionales. De manera creciente, el argumento de derecho internacional económico tiene implicación en derechos humanos, y viceversa; el derecho ambiental afecta el derecho de la guerra, y los derechos humanos son relevantes para entender el uso de la fuerza: todas las ramas del derecho internacional se implican entre sí —la diferenciación técnica esconde más de lo que revela.

¿Una disciplina impermeable?

Varias de las propuestas anteriormente formuladas no resultarán sorprendentes para algunos lectores conocedores de las trasformaciones jurídicas ocurridas en América Latina en las últimas décadas. Así mismo, tampoco encontrarán mucho de novedoso quienes hayan trabajado de una forma u otra con estudios críticos en derecho internacional. En efecto, resulta sorprendente que estas dos fuerzas complementarias no hayan tenido influencia en la enseñanza del derecho internacional en nuestra región. Es así que la disciplina del derecho internacional público se ha mantenido impermeable a los importantes cambios vividos por la teoría del derecho internacional y por las constituciones políticas de América Latina en los años noventa. A pesar de los cambios, todavía enseñamos el mismo derecho internacional que se enseñaba en la región antes de las dictaduras.

¿Qué hay detrás de este hecho? De una parte, vale recordar que gran parte de los avances doctrinales y jurisprudenciales de los años noventa en América Latina se centraron en el denominado nuevo constitucionalismo, esto es, el desarrollo jurídico que implicó la constitucionalización de todas las áreas de la práctica jurídica nacional y la expansión de las técnicas hermenéuticas que este cambio trajo consigo. En lo relacionado con el derecho

internacional, este cambio llevó a un debate importante sobre el proceso de incorporación y sobre el estatus del derecho internacional en los ordenamientos nacionales en la región (en especial de los tratados de derechos humanos). Esto es, el llamado neoconstitucionalismo vio al derecho internacional como algo inmutable, que daba respuestas correctas a problemas jurídicos nacionales, las cuales debían ser después integradas al derecho nacional de los Estados de América Latina. Así, mientras que las posibilidades del amplio espacio de acción de la interpretación jurídica se hacían más evidentes en la región, una visión formalista del derecho internacional público se propagaba por los mismos canales. De manera paradójica, el nuevo constitucionalismo que defendía estrategias interpretativas amplias, basadas en principios y en valores constitucionales, terminó congelando el derecho internacional en reglas que tenían un solo significado.

Esta dinámica fue también coadyuvada por el activismo en derechos humanos de la región. Como es bien sabido, las redes activistas transnacionales se percataron rápidamente del importante espacio abierto por el derecho internacional de los derechos humanos. A través del uso del derecho internacional, se presionó a los gobiernos de la región para acabar con su reprochable actitud autoritaria. Sin embargo, parte de la narrativa del activismo en derechos humanos es defender las tres intuiciones descritas anteriormente: que el derecho internacional (de los derechos humanos) es "bueno", que es verdadero derecho (y, por lo tanto, vincula a los gobiernos autoritarios) y que es un sistema coherente (por lo que genera una única opción correcta —usualmente la opción defendida por la organización de derechos humanos que promueve el argumento). Así, esta visión terminó confluyendo con una visión tradicional del derecho internacional (aunque no necesariamente conservadora, desde el punto de vista político), que defendía las mismas intuiciones.

La estrategia del activismo de derechos humanos fue efectiva desde el punto de vista político. Sin embargo, aunada a la inercia de los internacionalistas de la región, tal estrategia terminó haciendo del derecho internacional un "objeto" perfectamente definido e internamente coherente. Por supuesto, ya sabemos que eso no es cierto: al igual que los sistemas jurídicos nacionales, el derecho internacional es un espacio de pugna y contestación, en el que se encuentran diferentes visiones del mundo de lo que es bueno y de lo que es justo. El resultado, como hemos visto, es altamente inestable e incoherente. Con todo, esta lección no penetró la enseñanza tradicional del derecho internacional público en la región.

Este proceso se vio complementado por el carácter marginal de las teorías críticas en la enseñanza del derecho internacional en América Latina.

A pesar de que mucho se ha escrito respecto al origen colonial del derecho internacional, así como sobre su carácter eurocéntrico y su importante papel en la injusta distribución de recursos y poder en la sociedad internacional, las contribuciones latinoamericanas en este sentido permanecen en los márgenes de la educación jurídica internacional de nuestra región. Esta limitada penetración obedece en parte a motivos lingüísticos y de especialización. Valiosas contribuciones son hechas en inglés, no con fines de enseñanza, sino para consumo de una audiencia con conocimientos avanzados perteneciente a redes transnacionales de cooperación académica, usualmente impulsadas desde Europa o Estados Unidos.

Esta dinámica probablemente obedece a la estructura profunda de la creación y difusión del conocimiento jurídico en nuestra región, y a las variables que hacen que tal conocimiento sea percibido como prestigioso. Sea cual fuere el caso, el resultado de esta dinámica es que las teorías críticas han tenido una influencia marginal en la enseñanza universitaria del derecho internacional en América Latina y, por la misma vía, han fracasado en tener un impacto en la manera en que se usa el derecho internacional en la región.

Este volumen pretende ser un paso para revertir esta tendencia. Ofrece textos que reflexionan sobre el papel del derecho internacional en la construcción del mundo en el que vivimos; en este sentido se manifiestan, por ejemplo, las contribuciones de Bandeira, García, Obregón, Urueña y Singh. Adicionalmente, la muestra ofrece lecturas alternativas sobre la interacción entre el derecho internacional y los ordenamientos nacionales, presentes en los ensayos de Ramelli, Céspedes y Sánchez. Por supuesto, todas estas lecturas no son "críticas" en el mismo sentido y no comparten una misma metodología, ni una misma agenda política o ideológica. Sin embargo, todas comparten una cierta conciencia de que la metodología, la política y la ideología son relevantes para el derecho internacional, y que puede hacerse una contribución importante a la enseñanza en América Latina si hacemos mayor énfasis en estas variables y menos en las fuentes o los sujetos de un derecho internacional supuestamente "limpio" de toda ideología.

Derecho internacional: instrucciones de uso

Como se ha discutido, el objetivo de este libro es simple: servir como herramienta para la enseñanza del derecho internacional en América Latina. Para lograr ese cometido, el volumen ofrece contribuciones que tratan de

diversos temas, no todos los cuales serán incluidos en un curso de grado o postgrado. Existen, por lo tanto, por lo menos dos formas de aproximarse al volumen.

De una parte, es posible leer todos los ensayos incluidos en el libro, lo cual dará al lector un panorama bastante completo sobre el poder y los límites del derecho en la sociedad global. Esta forma de lectura será útil para el lector con conocimiento previo en derecho internacional o relaciones internacionales, que busque encontrar en un solo volumen voces autorizadas participando en los debates contemporáneos de mayor relevancia para nuestra región. Esta misma estrategia de lectura será útil para estudiantes de maestría o doctorado que busquen integrar en su lista de lecturas un texto en español que presente de manera sucinta debates actuales en derecho internacional.

De otra parte, es posible integrar algunas de las contribuciones a un curso universitario. Es posible pensar en dos formas de realizar esta integración. Primero, los ensayos pueden servir de lecturas para las lecciones de un curso general de derecho internacional público. En ese caso, puede ser fructífero contrastar los capítulos de este volumen con el tratamiento del mismo tema en libros de texto tradicionales de la región. De este proceso de contraste pueden surgir discusiones interesantes en clase o entre los estudiantes. Sin embargo, es importante notar que algunos capítulos pueden resultar demasiado avanzados para un estudiante que apenas comienza su estudio del derecho internacional. Se arriesga, en esa circunstancia, presentar la disciplina como más compleja de lo que realmente es. Dada esta situación, bien podría el profesor o la profesora sugerir preguntas guía o ubicar a los estudiantes respecto al debate en el que el ensayo busca participar. En segundo lugar, es posible usar las contribuciones a este volumen como lecturas para acompañar un curso en un área especializada del derecho, sea ésta nacional o internacional. Por ejemplo, un curso sobre derechos humanos se beneficiaría de incluir algunos capítulos de este libro en su lista de lecturas, como también sería el caso de un curso de derecho económico, teoría jurídica y derecho constitucional, entre otros.

Sea cual sea el uso dado al texto, el objetivo es que los estudiantes lo lean, lo discutan y se den cuenta que en derecho internacional nada debe ser *necesariamente* como es en la actualidad. Se trata, en realidad, de un constante flujo global de ideas, instituciones y personas, del que somos privilegiados partícipes.

PRIMERA PARTE

Teoría e historia del derecho internacional

CAPÍTULO I

¿Para qué estudiar la historia del derecho internacional?*

George Bandeira

Introducción

Poco después del fin de la Guerra Fría, Thomas M. Franck, uno de los internacionalistas más influyentes del siglo xx, afirmó que el derecho internacional entró en una "era postontológica". La antigua cuestión de saber si "el derecho internacional es derecho" ya no era importante. Los nuevos tiempos presentaban nuevos desafíos y se tornaba más urgente responder otras cuestiones como: ¿es el derecho internacional efectivo? ¿Es aplicable? ¿Y, más importante, es éste justo?[1]

Si la naturaleza jurídica del derecho internacional o su propósito y sus funciones ya no necesitan ser explicados, ¿qué pasa con la historia del derecho internacional? ¿Sería anticuado indagar sobre sus propósitos y funciones, o, simplemente, para qué existe o sirve?

Del mismo modo que preguntar si "el derecho internacional es derecho" incomoda a los juristas[2], preguntas sobre la utilidad de la historia del derecho internacional, especialmente hoy en día, también incomodan mucho.

Las respuestas sobre este asunto han variado. Algunos autores argumentan que el entusiasmo actual hacia la historia del derecho internacional es

* Traducción al español de María Angélica Prada.

1 Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, pp. 3-6.

2 Ver, por ejemplo, el tratamiento de esta cuestión en Oona Hathaway y Scott J. Shapiro, "Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law", en *Yale Law Journal*, 2011, Vol. 121, pp. 252-349.

producto de un sentimiento de optimismo que surgió después del fin de la Guerra Fría: la posibilidad de mantener un proyecto liberal en derecho internacional o la inauguración de un orden internacional completamente diferentes[3]. Otros autores asocian el resurgimiento de la historia del derecho internacional a un sentimiento de ansiedad que surgió después del fin de la Guerra Fría: con el fin de orientarse en un ambiente internacional que es ahora bastante diferente, los juristas necesitan buscar en el pasado las respuestas[4].

Este capítulo intentará responder a la pregunta "¿para qué sirve la historia del derecho internacional?" desde un punto de vista más comprehensivo. En lugar de situar la cuestión después del fin de la Guerra Fría, buscaré demostrar que la pregunta fundamental tiene que ver con la actitud que el abogado (no sólo el historiador del derecho sino más el abogado en general) adopta en relación con el pasado. Responder a tal pregunta de una manera más comprehensiva es absolutamente necesario. La respuesta nos llevará a tomar una posición tanto sobre la teoría como sobre la práctica del derecho internacional. También nos dará la posibilidad de entender por qué el derecho internacional se estructura de una manera y no de otra.

En la primera parte, demostraré que la historia del derecho en general (y la historia del derecho internacional en particular) cuenta con una perspectiva práctica ineludible. En la segunda parte, defenderé que esa práctica debe ser criticada si el derecho aspira a ser un instrumento de cambio social, especialmente a favor de aquellos que sufren injusticias en el orden jurídico contemporáneo. En seguida sustentaré que el proyecto crítico de la historia del derecho internacional debe ser radicalizado a partir de las siguientes dos perspectivas: la necesidad de un mayor diálogo entre historia y teoría, y la percepción de que la historia del derecho internacional está íntimamente ligada a aspectos éticos que afectan al mundo actual. Las conclusiones intentarán responder a la pregunta del título de este artículo, a partir de una perspectiva histórica crítica del derecho internacional.

3 Martti Koskeniemi, "Why History of International Law Today?", en *Rechtsgeschichte*, 2004, Vol. 4, pp. 63 y 64.

4 Randall Lesaffer, "International Law and its History: The Story of an Unrequited Love", en Matthew Craven, Malgosia Fitzmaurice y Maria Vogiatzi (eds.), *Time, History and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 27-29. Para un análisis de esas dos diferentes lecturas (optimismo y ansiedad) ver: Matthew Craven, "Introduction: International Law and its Histories", *ibídem,* pp. 3-5.

Historia como práctica

El pasado rodea al presente del derecho internacional de distintas maneras. Tomemos algunos ejemplos.

Es poco común encontrar algún manual de derecho internacional público que no presente en sus primeras páginas una historia de cómo los Estados establecieron un derecho para regular sus relaciones. Referencias a la Paz de Westfalia, al descubrimiento de América, a la división entre católicos y protestantes son una constante en los imaginarios históricos que los nuevos estudiantes del derecho internacional deben desarrollar para comprender la disciplina.

Pero no solamente los nuevos en la disciplina necesitan dominar este mínimo de la historia del derecho internacional. Los tribunales internacionales utilizan argumentos históricos constantemente. Para citar apenas un ejemplo: en una de sus más recientes decisiones contenciosas —*Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania contra Italia)—, la Corte Internacional de Justicia deliberadamente incluyó al principio de la sentencia una sección denominada "Antecedentes históricos y fácticos". Abogados especializados en derecho internacional, funcionarios de los ministerios de Relaciones Exteriores y los mismos jueces nacionales hacen uso constante de la argumentación histórica.

El uso de la historia es tan generalizado entre aquellos que practican el derecho internacional, que se dan muchos excesos en el manejo de las pruebas históricas para la construcción de un argumento jurídico. Aquello que en Estados Unidos es comúnmente llamado "*law office history*" (historia de oficina de abogados) también se repite en el derecho internacional: la falta de rigor analítico en la investigación histórica, el uso selectivo del material histórico, el instrumentalismo explícito o implícito en la selección de los datos históricos y las conclusiones que se extraen de esos materiales, la falta de deseo o incapacidad de reconciliar las fuentes conflictivas o también la incapacidad para aceptar las ambigüedades y lo incompletos que son los datos históricos[5].

Teniendo en cuenta todo lo anterior, surge una pregunta: ¿por qué los juristas prácticos o teóricos del derecho internacional no renuncian a la historia como medio para construir sus argumentos?

Uno de los historiadores del pensamiento político más importantes de la segunda mitad del siglo xx responde a esta pregunta haciendo una

5 David J. Bederman, "Foreign Office International Legal History", *ibídem*, p. 46.

distinción entre el papel del abogado y el papel del historiador. Para el neozelandés J.G.A. Pocock, el abogado mira hacia el pasado en busca de autoridad aplicable en el presente. El historiador, por otro lado, mira el pasado y sabe que lo que descubra puede ser utilizado en el presente como una forma de autoridad, pero su motivación principal no es la búsqueda de autoridad, ya que, dice Pocock, el historiador puede hacer historia por la propia historia[6].

Desde esta perspectiva, el uso de la historia para un abogado tiende a tener un carácter práctico. La historia tiene que ser "utilizable" de algún modo como argumento jurídico. ¿Cómo opera, por lo tanto, ese uso? Para Pocock, ese papel práctico de la historia está dirigido a la "búsqueda de autoridad". La historia permite, entonces, que un argumento jurídico sea justificado por una autoridad que se encuentra en el pasado. Analicemos como esa "búsqueda de autoridad" funciona en un argumento de derecho internacional, para saber si la posición de Pocock es plausible.

Un importante historiador de derecho americano, Robert Gordon, ya había dividido en tres las actitudes de los juristas cuando miran hacia el pasado[7]. Para éste habría, en primer lugar, una posición estática, la cual asume que una norma o una práctica jurídica posee un significado fijo establecido por sus usos en el pasado. En este caso, el jurista sólo puede buscar ese significado fijo en el pasado. Esa postura se aproxima bastante a un tipo de historia que se promovió principalmente durante el siglo XIX, que enfatizaba el papel del historiador como alguien que busca una verdad en el pasado. El talento del historiador, para esa vertiente, radica en recolectar el máximo de material en los archivos históricos para probar que algo realmente ocurrió o que siempre había sido así.

En 1983, un notable internacionalista francés, Prosper Weil, publicó un controversial artículo llamando a los internacionalistas a luchar contra aquello que en ese entonces se conocía como un proceso de "relativismo normativo" en el derecho internacional. El surgimiento de conceptos como *soft law*, *jus cogens* y crímenes internacionales (conocidos hoy en día, en el proyecto de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre Responsabilidad Internacional, como violaciones a una obligación imperativa de derecho internacional general) estaría subvirtiendo las estructuras en las que se basa el derecho internacional desde que fue

6 J.G.A. Pocock, "Law, Sovereignty and History in a Divided Culture: The Case of New Zealand and the Treaty of Waitangi", en *McGill Law Journal*, 1998, Vol. 43, pp. 483 y 484.

7 Para esa clasificación ver: R.W. Gordon, "The Struggle over the Past", en *Cleveland State Law Review*, 1996, Vol. 44, pp. 124-126.

creado por los Estados. Así como la introducción del *soft law* en el derecho internacional retiraría de éste su propia naturaleza normativa, el *jus cogens* y los crímenes internacionales crearían una jerarquización indebida de las normas, tornando algunas más importantes que otras. Weil llega a esa conclusión a partir de la constatación de que el derecho internacional tiene y seguirá las mismas funciones desde su surgimiento: promover la coexistencia y objetivos comunes entre Estados. El mantenimiento de esas funciones incluso tornaría en un error la división del derecho internacional entre moderno y clásico[8].

Independientemente de lo acertado que sea el análisis de Prosper Weil, lo cierto es que el pasado para éste tiene claramente una función de relievar lo que es común, aquello que es continuo en el tiempo. Es evidente que el autor es consciente de que con el paso de los años se producen cambios en las relaciones sociales, pero él asegura que existe un conjunto de elementos que son estáticos en el tiempo, o que por lo menos así deben permanecer, so pena de subvertir la propia naturaleza, el núcleo del derecho internacional. Ese tipo de actitudes es bastante común entre los defensores de la postura voluntarista en el derecho internacional, como es el caso de Weil.

Pero Gordon identifica otra actitud de los juristas en relación con el pasado, la cual está caracterizada por ser dinámica. Aquellos que adoptan esta actitud normalmente acreditan que la interpretación jurídica no solamente varía, sino que también debe variar con el tiempo para poderse adaptar al cambio de las condiciones. Su papel es tornar el futuro mejor que el pasado. Esa postura también guarda relación, aunque muchas veces no de manera explícita, con diversas corrientes historiográficas de los siglos XVIII y XIX que creían en el progreso continuo de la especie humana —y de sus estructuras sociales.

Para ilustrar esas actitudes, tenemos como ejemplo un manual muy popular en la lengua castellana: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* de José Antonio Pastor Ridruejo.

Una de las tesis principales del autor es que el derecho internacional clásico y el derecho internacional contemporáneo se diferencian por tres características básicas. Mientras que el primero se caracteriza por ser liberal, descentralizado y oligárquico, el derecho internacional contemporáneo sería un ordenamiento jurídico de carácter social, institucionalizado y democrático. Aunque Pastor Ridruejo reconoce que no todas las características del

8 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", en *American Journal of International Law*, 1983, Vol. 77, pp. 413-442.

derecho internacional clásico desaparecen, éstas no son las más buscadas por la comunidad internacional[9].

Pastor Ridruejo buscará una autoridad histórica que sustente las características del derecho internacional contemporáneo. Sin embargo, las características "social, institucionalizado y democrático" solamente se reivindican en oposición a lo que es "liberal, descentralizado y oligárquico". El derecho internacional contemporáneo necesita de su opuesto (el derecho internacional clásico) para ser reafirmado. El pasado necesita del presente para ser superado y el presente necesita del pasado para ser justificado. El pasado, por lo tanto, se articula constantemente desde el presente.

Aunque pareciera que la postura dinámica enfatizara las discontinuidades (el nuevo y el viejo derecho internacional), ésta también se fundamenta en grandes continuidades. Es por eso que el presente se liga de manera inseparable al pasado y se torna en su consecuencia, el resultado de aquello que aconteció años o siglos atrás.

Ambas actitudes descritas previamente tienen en común que buscan legitimar el presente por medio del pasado. Aunque se utilizan medios diferentes, la busca de la legitimidad se encuentra presente. En el caso de la actitud estática, el pasado debe ser conocido para que el presente y el futuro continúen siendo como éste; en cuanto a la actitud dinámica, el pasado debe ser conocido para que el presente y el futuro sean diferentes a éste.

Respecto a estas dos actitudes, está claro para qué sirve la historia del derecho internacional: para que, de maneras diferentes, legitime un argumento, una norma o una propuesta sobre el sistema jurídico internacional. Esto nos trae de vuelta a la diferencia entre el papel del jurista y del historiador según J.G.A. Pocock, quien cree que el primero sólo busca autoridad en el pasado.

La caracterización de Pocock es bastante adecuada en el momento en que consigue darse cuenta que el pasado, para los juristas, se articula en una dimensión práctica. Es realmente extraño que un internacionalista produzca historia del derecho internacional por puro diletantismo, sin un propósito específico para el mundo real. Una historia por la historia del derecho internacional incluso subvertiría el sentido muy práctico que posee la ciencia del derecho y al que no podría renunciarse. Entretanto, la posición de Pocock no hace justicia a una serie de esfuerzos que han sido emprendidos por diversos historiadores del derecho (inclusive del derecho

9 José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, sexta edición, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 84-87.

internacional) de concebir su propio rol de una manera diferente. Es por esa razón que es posible hablar de una tercera actitud de los juristas en relación con el pasado: aquello que Gordon llama la actitud *crítica*. Me gustaría concentrarme en esta tercera postura y explicar las razones por las cuales considero que ésta es la más adecuada si se busca generar cambios más profundos en el derecho internacional, a favor de aquellos tradicionalmente excluidos, utilizando con mayor vigor el aporte interdisciplinario que da la historiografía.

Historia como práctica crítica

Una actitud crítica de los juristas en relación con el pasado busca esencialmente destruir o cuestionar la autoridad de un autor, un argumento o incluso una norma en relación con el presente. Aunque la historia, dentro de una postura crítica, todavía debe ser utilizada, no se busca autoridad en el pasado para corroborar un argumento en el presente. El "uso" del pasado está más comprometido con el rompimiento de las tradiciones o, por lo menos, con su reconstrucción después de una minuciosa revisión de sus cimientos.

Ciertamente, como resultado de la influencia de pensadores como Michel Foucault, la actitud crítica del derecho internacional está mucho más preocupada por analizar las discontinuidades en el discurso jurídico internacional, que por estudiar sus continuidades. Éste es un punto de quiebre importante entre las dos actitudes anteriores de los abogados (internacionalistas) en relación con el pasado y la actitud crítica. Los historiadores críticos del derecho internacional han llevado a cabo la búsqueda de las discontinuidades no sólo para descubrir un significado derivado del pasado que persista en el tiempo (como en el caso de la actitud estática) o un significado del pasado que se origina y da lugar a otro (como en el caso de la actitud dinámica), sino una multiplicidad de significados que muchas veces conviven en un mismo tiempo histórico. La discontinuidad también influencia la misma investigación histórica y ha estimulado la idea de que la historia del derecho internacional puede ser interpretada de diversas formas. Si no hay una autoridad específica que deba ser seguida, la lectura del pasado tiende a ser muy diversa.

El importante historiador americano Dominick LaCapra ha definido su propio esfuerzo crítico como "una investigación y una interrogación de los presupuestos básicos en las prácticas y formas de pensamiento". Los presupuestos, continúa LaCapra, "establecen límites a la investigación que

pueden permanecer sin ser examinados, especialmente cuando están fijados en un hábito o son autoevidentes. La teoría crítica estudia hábitos con el fin de hacerlos explícitos y abrirlos al cuestionamiento de modo que algunos de sus elementos puedan ser validados, y otros puedan ser preparados para modificarse"[10]. La postura crítica, por lo tanto, puede incluso confirmar una interpretación histórica canónica o clásica, pero esto sólo sucede después de una investigación a fondo sobre los múltiples significados del pasado.

Tomemos dos ejemplos para demostrar cómo esa actitud crítica se ha desarrollado en el derecho internacional.

La narrativa tradicional del proceso de universalización del derecho internacional y aquella que describe un sistema jurídico internacional inicialmente aplicado a los Estados europeos y que, poco a poco, se fue expandiendo a todo el mundo. Ese proceso de expansión se encuentra ligado a políticas colonialistas que dividieron a muchas naciones (algunas de ellas bastante avanzadas desde el punto de vista tecnológico y de la organización burocrática, como China y Japón) en civilizadas, no civilizadas y semicivilizadas. Solamente cuando el proceso de civilización alcanzó las partes más diversas del mundo, ya no fue posible seguirlo dividiendo en categorías de civilización. El reconcomiendo como Estado era el prerrequisito para el goce de los derechos internacional básicos, como la igualdad jurídica. En la síntesis de otro manual bastante popular de derecho internacional en castellano, el de Remiro Brotóns y otros, dice: "El estándar europeo de civilización como criterio determinante de admisión en la sociedad internacional permitió su extensión más allá del Occidente cristiano, pero también sirvió las bases y modelos para la expansión imperialista y colonialista en la segunda mitad del XIX en África, Asia y Oceanía"[11].

En ese tipo de interpretación histórica canónica del proceso de expansión del derecho internacional, Antony Anghie, un autor asociado con los llamados TWAIL (*Third World Approaches to International Law*), con una perspectiva bastante crítica del derecho internacional, ofrece una visión profundamente diferente.

Para Anghie, esa visión de la expansión de la doctrina de la soberanía de Occidente hacia el resto del mundo es equivocada. En verdad, la doctrina de la soberanía se habría formado durante el llamado "encuentro colonial". Él llega a esa conclusión investigando la manera como uno de los padres del

10 Dominick LaCapra, "Introduction", en Dominick LaCapra, *History and its Limits: Human, Animal, Violence*, Ithaca, Cornell University Press, 2009, p. 2.

11 Antonio Remiro Brotóns, *et al., Derecho Internacional: Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 48.

derecho internacional, Francisco de Vitoria, se ocupó de la relación entre los pueblos europeos y los pueblos indígenas. Mediante el desarrollo de una serie de conceptos relacionados con la ley natural y divina, la diferencia cultural entre españoles e indígenas, la existencia de una razón universal para gobernar tanto a europeos como a americanos nativos, Vitoria estaría universalizando maneras de pensar el mundo que serían típicamente españolas (y europeas) para comprender y asimilar a los pueblos colonizados. La doctrina de la soberanía, por lo tanto, se ha formado a partir de su oposición al "otro", no soberano, que después de algunos siglos de asimilación también se convertirá en soberano. La maniobra para dividir el mundo en civilizado y no civilizado habría comenzado, entonces, mucho antes del siglo XIX. Los "padres" del derecho internacional, de una manera diferente, ya confirmaban esa diferencia y sometían a los pueblos incivilizados a una serie de principios y normas que no surgieron del mutuo acuerdo entre las diversas naciones del mundo, sino de manera unilateral[12].

¿Por qué Antony Anghie debe perseguir esta interpretación no convencional de la obra de Vitoria y el surgimiento de la doctrina de la soberanía? Una de las posibles explicaciones es el objetivo que la actitud crítica pretende alcanzar a través de su lectura de la historia del derecho internacional. El colonialismo es tradicionalmente analizado como algo absolutamente distante de la doctrina de los padres fundadores del derecho internacional. Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Alberico Gentilli, Hugo Grocius, Samuel Puffendorf y otros son constantemente vistos como seres iluminados que lograron sistematizar un conjunto de normas para regular y pacificar las relaciones entre los Estados. Al sustentar que el "encuentro colonial" está íntimamente ligado a la doctrina de estos autores, Anghie quiere demostrar que el derecho internacional "nació" marcado por el colonialismo, por el establecimiento de la diferencia entre lo europeo y lo no europeo. Si es así, el colonialismo no sólo es un producto del siglo XIX: ya existía, aunque con otro nombre, antes de eso, y todavía existe hoy en día, sin importar el nuevo nombre que se le dé. La interpretación histórica de Anghie confirma que la investigación histórica minuciosa, fuera de los cánones tradicionales, puede mostrar que mucho de lo que nosotros pensábamos sobre el derecho internacional debe ser repensado y que las realidades que creíamos superadas persisten en formas diferentes.

Por lo tanto, aunque la lucha anticolonial que tuvo su apogeo en los años cincuenta, sesenta y setenta del siglo pasado ha llegado a su fin, es posible

12 Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 13-31.

que el colonialismo no haya cesado: éste puede ser parte de la estructura misma del derecho internacional.

Otro ejemplo es *El discreto civilizador de naciones* de Martti Koskenniemi, uno de los libros más influyentes sobre la historia del derecho internacional de las últimas décadas.

Una de las narrativas más tradicionales sobre el desenvolvimiento del derecho internacional es que éste inicia o se modifica bruscamente con la Paz de Westfalia. Este evento, que puso fin al menos a las grandes guerras religiosas existentes en Europa después de la reforma protestante, habría creado un sistema racional de Estados permeado por principios como la libertad de un soberano de profesar una determinada religión (cristiana), la fuerza obligatoria de los tratados y, principalmente, por la igualdad jurídica. Esos principios, inicialmente restringidos a los Estados europeos, han dado lugar a un derecho común que se aplica a los distintos soberanos en Europa (*Droit Public de l'Europe*) que, especialmente a partir del siglo XIX, como ya se ha visto en otra narrativa tradicional, tendría que ser expandido para el resto del mundo. Westfalia, dentro de esta narrativa histórica, revela, así, "la voluntad consciente de una liga internacional de crear una ley común, para garantizar los esfuerzos comunes de todos"[13]. El derecho internacional contemporáneo, por lo tanto, es un heredero directo de los principios y la mentalidad establecidos con la Paz de Westfalia.

Koskenniemi no niega la importancia de Westfalia para el derecho internacional. La originalidad de su interpretación, sin embargo, está en afirmar que no hay una continuidad estricta entre la Paz de Westfalia y el derecho internacional actual. De hecho, como él afirma, pocos se dieron cuenta que en la segunda mitad del siglo XIX habría surgido una nueva sensibilidad entre los especialistas del derecho internacional, una sensibilidad que no existía en los "padres" del derecho internacional, como Grocio, ni figuras importantes posteriores como Vattel, Von Martens y Wheaton. Koskenniemi llamó a esa sensibilidad el "espíritu de internacionalidad" (*esprit d'internationlité*). Tal sensibilidad, en las palabras de Koskenniemi, "buscaba el progreso social, enfatizaba la responsabilidad y buscó un punto intermedio entre el individualismo y el colectivismo, la especulación abstracta y la acción política". El *esprit d'internationlité* estaba, sin embargo, repleto de grandes contradicciones: era al mismo tiempo democrático y temerario de las masas, reformista y burgués, nacionalista e internacionalista,

13 Robert Redslob, *Histoire des grands principes du droit des gens*, París, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 216.

progresista y conservador[14]. De todos modos, para Koskenniemi, este espíritu diferente que surgió en la segunda mitad del siglo XIX llegó a su fin en 1960, cuando el derecho internacional pasó a estar basado en una visión más pragmática en relación con los problemas internacionales.

Aunque la interpretación de Koskenniemi es polémica, su actitud crítica con respecto a la historia del derecho internacional radica en encontrar grandes rompimientos o discontinuidades en relación a la manera como el derecho internacional era pensado antes de la segunda mitad del siglo XIX. Koskenniemi no está exactamente interesado en demostrar que el *esprit d'internationalité* es una consecuencia o desarrollo de la mentalidad que los internacionalistas tenían a partir de la Paz de Westfalia (como pretendería la actitud dinámica), ni sostener que ciertas tradiciones permanecen en el derecho internacional (como buscaría la actitud estática). Él se fija en un momento histórico preciso en el que surgió una nueva *episteme*, una manera de pensar diferente. Esta *episteme* sí está, en sí misma, llena de contradicciones, lo que significa muchas cosas a la vez.

El mismo Koskenniemi explica este modo crítico de ver la historia del derecho internacional como un "acto político". No se trata de una narración neutral acerca de cómo el pasado es en realidad, "sino de una descripción que espera hacer más clara nuestra situación presente para nosotros y agudizar nuestra capacidad de actuar en los contextos profesionales que nos están abiertos"[15].

Estos son dos ejemplos de cómo la historia del derecho internacional puede ser leída como una manera de contrarrestar o derrotar interpretaciones establecidas por lecturas tradicionales o canónicas del pasado de la disciplina.

Sin embargo, es preciso darse cuenta de que el ejercicio de una actitud crítica respecto a la historia del derecho internacional exige una reflexión constante sobre dos temas importantes: la relación entre la historia y la teoría, y la relación entre la escritura de la historia y la ética. De hecho, para que la actitud crítica se comprenda a sí misma y a los problemas que pueda generar, es necesario que ésta radicalice su agenda, es decir, poder criticar su propio ejercicio crítico. Los dos temas mencionados anteriormente —la teoría y la ética— sirven para ilustrar cómo la actitud crítica puede permitir que la historia sea un objeto de cambio del presente y del propio futuro, teniendo en cuenta también las generaciones pasadas.

14 Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 18 y 19.

15 *Ibídem,* p. 10.

Historia crítica del derecho internacional y teoría

A pesar de que los historiadores críticos del derecho internacional han hecho la mayor parte de los postulados de una teoría crítica de la sociedad y del conocimiento en sus escritos, pocos se han dedicado a reflexionar sobre su propio rol al hacer historia. No se ve, por ejemplo, como la construcción de narrativas ha afectado la producción histórica en el derecho internacional. Tampoco se explica, en profundidad, la función de la historia, preguntándose, por ejemplo, para qué existe o sirve. Y determinadas nociones, como la direccionalidad y la causalidad histórica, la objetividad y el progreso son muy poco estudiadas por los historiadores del derecho internacional. Es cierto que muchas de estas cuestiones se abordan indirectamente por los autores, sin embargo, lo que se necesita es una reflexión más sistemática sobre ellas.

Pero, ¿para qué sirve la teoría a la historia del derecho internacional? Esta pregunta es la más importante y no se limita al campo de la historia legal. En las últimas décadas, muchos historiadores profesionales se han expresado en contra de lo que ellos han llamado un exceso de teorización de la historiografía reciente. El historiador Keith Windschuttle, por ejemplo, fue un gran éxito con la publicación de *The Killing of History*: *How Literary Critics and Social Theorists are Murdering our Past* (La matanza de la historia: cómo los críticos literarios y teóricos sociales están matando nuestro pasado). Él argumenta, entre otras cosas, que sacar conclusiones a partir de grandes generalizaciones o de cualquier cosa parecida a las leyes históricas —procedimientos típicos de cualquier teórico— es huir de un enfoque propiamente histórico. Windschuttle también subraya la necesidad de que la historia repose en conceptos como la objetividad y la verdad —algo especialmente combatido por los historiadores influenciados por las teorías postmodernas[16].

Lo que pretenden estas posiciones, altamente sospechosas de la historia más teórica, es que la búsqueda del pasado se restrinja al dominio de lo relativo, aquel que no puede ser generalizado. Los datos históricos no se repiten, son únicos. No se puede tratar al pasado como a las manzanas, que sometidas a las mismas condiciones caen por la fuerza de gravedad. Al mismo tiempo, estas posiciones creen que existe un conocimiento histórico específico que debe ser excavado, y que el historiador no puede dejarse

16 Keith Windschuttle, *The Killing of History: How Literary Critics and Social Theorists are Murdering our Past*, San Francisco, Encounter Books, 2000, pp. 16 y 17, pp. 203-250.

influenciar por las ideologías o preconceptos que de alguna manera afecten la investigación que va a realizar.

Esta insurrección contra la teoría tiene razones legítimas. Una teoría algo problemática puede desvirtuar la propia idea de un conocimiento histórico. El argumento marxista, por ejemplo, a menudo oscurece las diversas peculiaridades del pasado debido a su necesidad de justificar una idea abstracta: la lucha de clases que se repite en el tiempo y el espacio. El argumento liberal, a su vez, varias veces trasplantó el concepto moderno de libertad a los pueblos que nunca lo conocerán. Los juristas constantemente tratan de justificar sus teorías a partir de algunos ejemplos históricos poco contextualizados. El derecho internacional es un buen ejemplo: muchos autores tienden a ejemplificar el surgimiento del principio *pacta sunt servanda* en el documento considerado como el primer tratado del mundo (el tratado de paz firmado entre Hatusil III, rey de los hititas, y Ramsés II, faraón egipcio, entre 1280 y 1272 a.c.). Argumentos como éste sirven más para justificar que el derecho de los tratados tiene una historia larga y poco se preocupa en entender si existía un derecho internacional bien identificable en la antigüedad clásica y, en caso afirmativo, qué tipo de derecho internacional existía entonces. Este tipo de posturas, que puede ser llamada del teoricismo, sigue siendo muy especulativa, puramente conceptual y suele ser autoreferencial —presta poca atención a los hechos[17].

Pero la historia no puede ni debe alejarse de la teoría. Es ella la que puede probar y desafiar las categorías y ampliar el alcance de varias posibilidades conceptuales e imaginativas[18].

Tomemos un ejemplo más para mostrar la importancia de la teoría para la historia.

Alfred Verdross, en su clásico manual *Derecho Internacional Público*, decide iniciar el estudio del derecho internacional por la llamada "comunidad cristiana de los Estados". Él explica esta opción de la siguiente manera: "Por otra parte, no hay que pasar por alto el impacto de otros dos círculos jurídico-internacionales, a saber: el bizantino y el islámico, sobre el Occidente medieval. Nosotros no los tendremos en cuenta, sin embargo, porque en general su influencia en la constitución del DI moderno ha sido escasa"[19].

17 Dominick LaCapra, "Articulating Intellectual History, Cultural History, and Critical Theory", en Dominick LaCapra, *History and its Limits*…, pp. 30-32. LaCapra provee algunos ejemplos de obras históricas recientes que recaen en esa postura a partir de conceptos elaborados por Lacan (lo real), Lyotard *(différend)* o Agamben *(homo sacer).*

18 *Ibídem,* p. 32.

19 Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, cuarta edición, Madrid, Aguilar, 1961, p. 34.

Este punto de vista histórico adoptado por Verdross demuestra didácticamente la necesidad de una mayor teorización en la historia del derecho internacional. En primer lugar, ¿qué quiere decir el autor con los círculos jurídicos internacionales? ¿Se trataría de órdenes jurídicos autónomos? ¿Éstos podrían ser considerados como "otros" derechos internacionales? ¿O qué significa propiamente el impacto e influencia de un círculo jurídico internacional en otro? ¿Sólo hay un Occidente medieval? ¿La oposición entre la medieval y lo moderno no es en sí una ideología progresista, por lo que convierte al pasado en algo menos importante que el presente? ¿Por qué, en definitiva, la historia del derecho internacional debe ser contada desde Europa, cuando coexistían otros círculos jurídicos internacionales? ¿Qué significa, para la escritura de la historia del derecho internacional en la actualidad, el conocimiento limitado acerca de la historia de los círculos jurídicos internacionales "alternativos" al derecho internacional moderno (y europeo)?

Algunos autores han tratado de responder a estas preguntas. Para ello, se han tenido que embarcar en una serie de preguntas teóricas sobre el impacto de las diferentes civilizaciones en el desarrollo del derecho internacional. Onuma Yasuaki, por ejemplo, para defender su perspectiva transcivilizacional de la historia del derecho internacional ha tenido que responder a preguntas como: ¿Qué es una sociedad internacional? ¿Qué significa una perspectiva internacional en relación con una perspectiva transnacional? ¿Cuál es la relación entre el poder y el derecho internacional? ¿Qué quiere decir occidentalización del derecho internacional y el eurocentrismo?[20]. Los archivos históricos por sí solos no pueden responder a estas preguntas. Más que eso, éstas requieren, por parte de los internacionalistas, posiciones que pueden ciertamente ofender a un historiador, sin duda muy consciente de la necesidad de mantener su propia objetividad.

La verdad es que es prácticamente imposible hacer historia sin teoría. Esta teoría puede ser de varios tipos, poco problematizadora o muy problematizadora, poco crítica o muy crítica. Lo que la historia del derecho internacional realmente necesita es abrir las puertas a la comprensión del mundo que nos rodea. Para recordar una vez más a LaCapra, él dice que la historia (crítica) del derecho internacional debe crear una mentalidad que puede hacer frente a problemas muy complejos, con la conciencia de que

20 Onuma Yasuaki, "A Transcivilizational Perspective on International Law: Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2009, Vol. 342, pp. 77-410.

el pasado y el presente interactúan, y que pueden ser dirigidos a la apertura de diversos futuros posibles[21]. Y esa mentalidad no se puede crear sin una contribución sólida de la teoría.

El internacionalista debe estar preparado para hacer frente a la historia del derecho internacional como "el producto de un campo de fuerzas frecuentemente en conflicto, tirando de ellos hacia un lado u otro, y haciendo más preguntas que las que se pueden responder"[22]. Esto significa que muchas de las preguntas que se presentan en la investigación histórica no pueden ser resueltas o, a veces, pueden tener más de una solución a la vez. Un autor o una norma del pasado nunca vienen de un pensamiento completamente naturalista o positivista, liberal o marxista, libertario o conservador. Estas fuerzas contradictorias persisten en la sociedad actual y del pasado, y crean a las cosas y a los seres. Prepararse para enfrentar estas contradicciones y complejidades significa situarse y posicionarse en el mundo, y las teorías nos ayudan en esta tarea. Es cierto que aquel que escribe la historia del derecho internacional (o cualquier otra historia) no está autorizado a manipular los hechos, imaginar lo que nunca existió. Pero él lee esos hechos con precomprensiones que trajo consigo. Es su deber hacer explícitas estas precomprensiones y así permitir que otras historias sean escritas con otro tipo de preconcepciones. Saber que hay historias diferentes porque los individuos piensan de manera diferente es lo que constituye nuestra propia libertad, la posibilidad de ser, también, diferentes.

La historia crítica del derecho internacional debe, por lo tanto, considerar la contribución que la teoría puede ofrecer en la construcción de narrativas históricas. Y la teoría también puede proporcionar a la historia crítica una reflexión constante sobre sus propios presupuestos y cambios de trayectoria, tal vez necesarios para transformar la historia en un ejercicio de pluralismo y, por qué no decirlo, de construcción de la libertad. La ausencia de preocupaciones teóricas muchas veces puede conducir al historiador a naturalizar sus narrativas, a creer que ellas son como deberían ser cuando, en realidad, podrían leerse de varias maneras.

Asumir la importancia de la teoría significa tomar decisiones sobre el mundo, decisiones que interferirán con la escritura de la historia. Y eso nos lleva a otra cuestión también muy importante para el diseño de la historia crítica del derecho internacional: la ética.

21 Dominick LaCapra, "Articulating Intellectual History…", p. 17.

22 Martin Jay, "Introduction", en Martin Jay, *Force Fields: Between Intellectual History and Cultural Critique*, Londres, Routledge, 1993, p. 3.

Historia crítica del derecho internacional y ética

Como afirmamos anteriormente, historiadores de gran renombre, como J.G.A. Pocock, admiten que la historia puede ser hecha sin ningún propósito específico: la historia por la historia misma.

Una postura de ese tipo es perfectamente comprensible. Durante el siglo xx, muchos historiadores se dieron cuenta de que su propia independencia había sido comprometida. En nombre de los ideales como patriotismo, vínculos políticos o nacionalismo, la narrativa histórica sirvió para legitimar relaciones de poder. La experiencia de los Estados totalitarios demuestra cómo la historia puede ser manipulada por intereses específicos. Una reacción a ese estado de cosas fue adoptar una postura más neutral. La historia no serviría a nadie más que a sí misma: la historia debería ser hecha en nombre de la propia historia. La verdad histórica sería aquella con la que los historiadores realmente deberían preocuparse[23].

Esa postura tiene una profunda relación con el tema ya mencionado de la necesidad de objetividad por parte del historiador. Ser objetivo es dejar a la historia hablar por sí misma. Este tipo de enfoque, sin embargo, a pesar de que tiene sus justificaciones, causa malentendidos diversos. Me gustaría resaltar dos de ellos.

En primer lugar, genera lo que Frank Ankersmit, importante filósofo de la historia holandés, llamó el "doble dilema" (*double bind*). La objetividad en la historia requiere que el historiador elimine su subjetividad de la construcción de narrativas, en otras palabras, dejar de lado, entre otras cosas, sus valores morales y políticos. Resulta que esta separación entre lo objetivo (el pasado) y lo subjetivo (el historiador) tiende a disolverse. Esto se debe a que no sólo son los valores morales y políticos del historiador los que pueden afectar el pasado, sino que también los valores morales que existen en el pasado narrados por un historiador pueden invadir su mundo y el de sus contemporáneos. No es posible objetivizar completamente esos valores morales y políticos que existían en el pasado. Ellos no pueden ser tratados simplemente como objetos, ya que pueden interferir con la subjetividad del historiador (haciéndole cambiar o adoptar nuevos valores a partir de la investigación que hizo sobre el pasado). Exactamente éste es el "doble dilema" del historiador. Si él decide ser objetivo en la investigación del pasado, caerá en el subjetivismo, porque estará simplemente negando los valores morales y políticos que existen en el pasado, una especie de

23 Beverley Southgate, *What is History for?*, Londres, Routledge, 2005, pp. 18 y 19.

"subjetivismo invertido". Ankersmit ejemplifica esa postura como alguien gritando: "¡No me mires! ¡No estoy aquí! ¡Yo no existo!". Y si, por otro lado, el historiador decide admitir que sus valores morales y políticos interfieran en sus narrativas históricas, él estará incurriendo en un subjetivismo. Por lo tanto, es extremadamente artificial dividir lo objetivo y lo subjetivo en la narrativa histórica[24].

En segundo lugar, es cierto que existen hechos no controversiales en la historia: ciertas cosas sucederán y otras no —la caída de los imperios, el asesinato de jefes de Estado, el Holocausto, etc.—. Y a un historiador consciente de su papel en la sociedad no le está permitido tergiversar los hechos. Pero el historiador, al trasladar estos hechos hasta el presente, crea otra realidad que ya no existe. Su narrativa constituye algo verdaderamente nuevo en el presente a partir de un pasado determinado. Si es así, esta nueva realidad tendrá algunas características que establecen el escenario que rodea al historiador. Decir que hay total objetividad en el historiador es negarse a reconocer este escenario. Diversas narrativas históricas traen consigo diferentes agendas ocultas, algunas conscientemente, otras inconscientemente. Por ejemplo, el deseo de formar una nación o una comunidad internacional, la poca relevancia dada al papel de la mujer u olvidar la contribución de ciertos grupos en el pasado, especialmente aquellos más excluidos, interferirían con la escritura de la historia. Si la existencia de este escenario que rodea el historiador es inevitable, éste debe por lo menos esforzarse al máximo para dejar en claro que sus intereses —por lo menos los que conoce— son mostrados al lector. Esto nos permite aceptar su narrativa o elegir otra explicación del pasado, elaborada por un historiador diferente[25]. La transparencia es, por lo tanto, un importante valor ético que debe ser cultivado por los historiadores críticos del derecho internacional

El historiador crítico del derecho internacional también tiene una importante función ética de presentar el pasado no como es naturalmente, sino como lo ve el historiador. Se trata de un compromiso con el pluralismo de valores y narrativas. No hay interpretaciones infalibles ni indiscutibles. El pasado puede (y debe) ser visto de diferentes maneras. Su deber no es con el sujeto histórico de su estudio, sino con sus lectores[26]. Son ellos los que sacarán conclusiones del trabajo leído y comprenderán lo que el pasado

24 F.R. Ankersmit, "The Ethics of History: From the Double Binds of (Moral) Meaning to Experience", en *History and Theory*, 2004, Vol. 43, pp. 84-102.

25 *Ibídem,* pp. 59-84.

26 Beverley Southgate, "'A Pair of White Gloves': Historians and Ethics", en *Rethinking History*, 2006, Vol. 10, pp. 53 y 59.

tiene o no para ilustrar. Es a partir de la promoción de esta pluralidad que el historiador abre diversas posibilidades para la construcción del futuro. La interpretación histórica que pretende ser indiscutible anticipa y controla su propio futuro. Uno de los principales fundamentos de la teoría crítica es el de un futuro abierto. La ética de la crítica, por lo tanto, se basa en la idea de una historia indeterminada[27]. No es de extrañar que en la introducción a su libro *El discreto civilizador de naciones*, Martti Koskenniemi dice claramente que su relato "no busca una descripción neutral del pasado, 'de como éste fue realmente' —ese tipo de conocimiento no está abierto para nosotros—, sino una descripción que trata de hacer esta situación actual más clara para nosotros mientras que nos involucramos en nuestras prácticas y proyectos. En este sentido, también es un acto político"[28].

El proyecto de una historia crítica, para hacer realidad la idea de una historia indeterminada, requiere tener en cuenta que el futuro "está garantizado sólo por la persistente insatisfacción de la crítica"[29]. Este proyecto precisa siempre tener en cuenta el presente. Es justamente en el vínculo entre el pasado y el presente que el futuro se vuelve viable. La indiferencia con el presente hace que la historia pueda ser escrita "para la propia historia", contribuyendo así, en varias ocasiones, a mantener el *statu quo.* Las exigencias del presente son esenciales para la historia si se quiere que ésta tenga un carácter revolucionario, mostrando que las cosas podrían haber sido diferentes y que la tradición no es una prisión que nos impide pensar en mundos alternativos.

La crítica, por lo tanto, tiene un compromiso ético importante con el presente. Es por eso que muchos historiadores críticos del derecho internacional han tratado de articular el pasado en sus diversas teorías sobre el derecho internacional contemporáneo. Presentaré brevemente sólo dos ejemplos de esta tendencia.

Uno de los primeros estudios que mantiene de manera sistemática una visión crítica del derecho internacional, el artículo "A New Stream of International Law Scholarship" de David Kennedy, establece una estrecha relación entre la historia y la teoría. Para Kennedy, el derecho internacional demuestra patrones argumentativos —patrones de contradicción y de solución de la diferencia y la homología—. La doctrina, la historia y la propia estructura institucional que envuelven el derecho internacional reafirman esos patrones

27 Joan W. Scott, "History-writing as Critique", en Keith Jenkins, Sue Morgan y Alun Munslow (eds.), *Manifestos for History*, Londres, Routledge, 2007, p. 24

28 Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer…*, p. 10.

29 Joan W. Scott, *op. cit.*, p. 34.

repetidamente. Ahora, para investigar cómo operan esos patrones, el estudio de la historia ha sido y es esencial para la perspectiva de Kennedy. De hecho, en varias obras posteriores, Kennedy se apoyó en la historia de la disciplina para demostrar que esos patrones en realidad existían[30].

Más recientemente, la internacionalista finlandesa Outi Korhonen propuso la idea de la "situacionalidad" para entender el papel del internacionalista. Esta "situacionalidad" sólo se puede entender con la ayuda de varios aspectos que van más allá de la dimensión estrictamente jurídica, pero que afectan a los abogados en la construcción de sus ideas, como la cultura y la historia. Esa historia, sin embargo, no posee un significado único, el cual puede ser abordado de diferentes maneras[31].

Es cierto que no sólo los autores críticos usan la historia y la teoría. Como se ha indicado anteriormente, muchos teóricos del derecho internacional buscan en la historia autoridades para confirmar sus teorías. La originalidad del enfoque crítico, sin embargo, es destruir o incluso cuestionar la autoridad de un autor, un argumento o una norma en relación con el presente. Pero esta actitud no está basada en un simple deseo de romper con las verdades establecidas, ella surge de un compromiso ético con cambiar el estado de cosas a partir de la investigación del pasado. El deber ético llama al crítico a estar inconforme con el *statu quo*. Como un historiador asociado con las corrientes postmodernas, Keith Jenkins, en referencia a las ideas de Edward Said, dice que el intelectual (incluyendo aquí también al historiador) "es una persona que gusta de estar no del todo ajustada, de existir, con felicidad, más allá de la coloquial e inconsecuente 'realidad' habitada por los nativos, a permanecer inmune a la complacencia: una persona no cooptable, desobediente"[32].

Esta inconformidad debe referirse no sólo al *statu quo* vigente, sino al *statu quo* que ya ha pasado. El historiador crítico también debe dar cuenta de aquellos que se han ido. Por lo tanto, una de las funciones de la historia es proporcionar al "otro". Del mismo modo que gran parte del pensamiento contemporáneo ha tratado de comprender, por ejemplo, a los extranjeros, los esclavos o los pueblos primitivos y los colonizados, es preciso comprender también a esos "otros", cronológicamente hablando: aquellos que han

30 David Kennedy, "A New Stream of International Law Scholarship", en *Wisconsin International Law Journal*, 1988, Vol. 7, pp. 1-49.

31 Outti Korhonen, *International Law Situated: An Analysis of the Lawyer's Stance Towards Culture, History and Community,* La Haya, Kluwer, 2000, pp. 129-206, p. 295.

32 Keith Jenkins, "Ethical Responsibility and the Historian: On the Possible End of a History 'of a Certain Kind'", en *History and Theory*, 2004, Vol. 43, p. 57.

estado ocultos en las narrativas oficiales, aquellos cuya memoria fue reprimida e incluso suprimida, aquellos que fueron olvidados en el tiempo[33]. Sólo entonces se les puede hacer justicia. Como dijo Walter Benjamin: "[…] existe un misterioso punto de encuentro entre las generaciones pasadas y la nuestra. Hemos sido esperados sobre la tierra"[34].

Conclusiones

La pregunta "¿para qué la historia del derecho internacional?" depende fundamentalmente de la concepción de la historia y del desarrollo del derecho internacional que se tiene. En este capítulo he identificado al menos tres actitudes claras de los abogados en relación al pasado que ayudan a responder esa pregunta. Las actitudes estática y dinámica, aunque presentan diferentes prioridades, tienen una cosa en común: ambas buscan un poco de autoridad en el pasado para justificar el presente.

Un tercer enfoque, llamado crítico, ve el pasado como un campo abierto, no se compromete necesariamente a buscar una autoridad para justificar el presente.

No existe una actitud "correcta" para el jurista en relación con el pasado, así como no existe una respuesta correcta a la pregunta "¿para qué la historia del derecho internacional?". La adopción de una de las actitudes implica priorizar algunos elementos en la historia y, así, responder de manera diferente a esta pregunta.

Este autor considera que la reducción de la función de la historia a una simple legitimación del presente significa, sin embargo, un conformismo con la forma y la organización actual del sistema jurídico internacional. El derecho internacional está lejos de producir justicia a gran escala para los pueblos del mundo. Éste sirve para confirmar las relaciones de poder entre Estados, instituciones e individuos alrededor del mundo. La historia (o, para ser más preciso, la historiografía, en el sentido de lo que escriben los historiadores) tiene mucho que contribuir para repensar el propio derecho internacional. Ella puede ofrecer soluciones alternativas, abrir nuevos caminos de investigación y estimular la creatividad del jurista en la solución de problemas globales. Hoy en día, la crítica se ha mostrado como la actitud

33 Beverley Southgate, *What is History for?*, *op. cit.*, p. 120.

34 Utilizo aquí la traducción de Reyes Mate en sus comentarios a la obra de Benjamin: Reyes Mate, *Medianoche en la historia: Comentarios a las tesis de Walter Benjamin "sobre el concepto de historia"*, Madrid, Trotta, 2006, p. 67.

que mejor ofrece instrumentos para el cambio en el derecho internacional, especialmente porque no está comprometida directamente con la búsqueda de una autoridad para el presente.

La actitud crítica hacia la historia del derecho internacional, aunque ya se puede identificar en diversos autores, debe ser radicalizada. Dos caminos son importantes para ese fin: un mayor diálogo entre la historia y la teoría, así como la comprensión de que lidiar con el pasado significa tomar posición en el campo de la ética. Mientras que la crítica provee una sofisticación para la historia, permitiendo una ampliación de horizontes y una reflexión sobre sus propias limitaciones, la ética demuestra que el historiador es alguien que está comprometido, no sólo con el pasado, sino también con el presente y el futuro: el historiador, en general, y el historiador del derecho internacional, en particular, son sujetos que producen criterios éticos y no sólo los consumen[35].

Teniendo en cuenta esa opción para la actitud jurídica crítica en relación con el pasado, es posible responder a la pregunta contenida en el título de este capítulo. La historia del derecho internacional sirve para cuestionar e incluso romper con tradiciones establecidas, ayudando al derecho internacional a repensar sus propios fundamentos; en consecuencia, permite la construcción de diferentes alternativas posibles para la organización jurídica internacional del presente y del futuro, teniendo en cuenta una necesaria responsabilidad debida hacia las generaciones pasadas.

Ésta, sin embargo, no puede ser una respuesta definitiva sino apenas provisional. La actitud crítica está, ella misma, sujeta a constantes ajustes y modificaciones. Ese debe ser el esfuerzo del cual la historia del derecho internacional no debe nunca alejarse: debe estar abierta a revisión en todo momento, aunque nos traiga inestabilidad o nos distancie de nuestros amados padres.

Bibliografía

Alfred Verdross, "Derecho Internacional Público", cuarta edición, Madrid, Aguilar, 1961.

Antonio Remiro Brotóns, *et al.,* "Derecho Internacional: Curso General", Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

35 Jonathan Gorman, "Ethics and the Writing of Historiography", en Aviezer Tucker (ed.), *A Companion to the Philosophy of History and Historiography*, Chichester, Blackwell, 2009, p. 260.

Antony Anghie, "Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law", Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Beverley Southgate, *What is History for?,* Londres, Routledge, 2005.

__ "A Pair of White Gloves": Historians and Ethics", en *Rethinking History,* 2006, Vol. 10.

David J. Bederman, "Foreign Office International Legal History", en Matthew Craven, Malgosia Fitzmaurice y Maria Vogiatzi (eds.), *Time, History and International Law,* Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

David Kennedy, "A New Stream of International Law Scholarship", en *Wisconsin International Law Journal*, 1988, Vol. 7.

Dominick LaCapra, "Introduction", en Dominick LaCapra, *History and its Limits: Human, Animal, Violence,* Ithaca, Cornell University Press, 2009.

__ "Articulating Intellectual History, Cultural History, and Critical Theory", en Dominick LaCapra, *History and its Limits: Human, Animal, Violence,* Ithaca, Cornell University Press, 2009.

F.R. Ankersmit, "The Ethics of History: From the Double Binds of (Moral) Meaning to Experience", en *History and Theory,* 2004, Vol. 43.

J.G.A. Pocock, "Law, Sovereignty and History in a Divided Culture: The Case of New Zealand and the Treaty of Waitangi", en *McGill Law Journal,* 1998, Vol. 43.

Joan W. Scott, "History-writing as Critique", en Keith Jenkins, Sue Morgan y Alun Munslow (eds.), *Manifestos for History,* Londres, Routledge, 2007.

Jonathan Gorman, "Ethics and the Writing of Historiography", en Aviezer Tucker (ed.), *A Companion to the Philosophy of History and Historiography,* Chichester, Blackwell, 2009.

Keith Jenkins, "Ethical Responsibility and the Historian: On the Possible End of a History 'of a Certain Kind'", en *History and Theory,* 2004, Vol. 43.

Keith Windschuttle, *The Killing of History: How Literary Critics and Social Theorists are Murdering our Past*, San Francisco, Encounter Books, 2000.

Martin Jay, "Introduction", en Martin Jay, *Force Fields: Between Intellectual History and Cultural Critique,* Londres, Routledge, 1993.

Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

__ "Why History of International Law Today?, en *Rechtsgeschichte,* 2004, Vol. 4.

Matthew Craven, "Introduction: International Law and its Histories", en Matthew Craven, Malgosia Fitzmaurice y Maria Vogiatzi (eds.), *Time, History and International Law,* Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

Onuma Yasuaki, "A Transcivilizational Perspective on International Law: Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye,* 2009, Vol. 342.

Oona Hathaway y Scott J., "Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law", en *Yale Law Journal,* 2011, Vol. 121.

Outti Korhonen, *International Law Situated: An Analysis of the Lawyer's Stance Towards Culture, History and Community*, La Haya, Kluwer, 2000.

Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?, en *American Journal of International Law,* 1983, Vol. 77.

R.W. Gordon,"The Struggle over the Past", en *Cleveland State Law Review,* 1996, Vol. 44.

Randall Lesaffer, "International Law and its History: The Story of an Unrequited Love", en Matthew Craven, Malgosia Fitzmaurice y Maria Vogiatzi (eds.), *Time, History and International Law,* Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

Reyes Mate, *Medianoche en la historia: comentarios a las tesis de Walter Benjamin 'sobre el concepto de historia*, Madrid, Trotta, 2006.

Robert Redslob, *Histoire des grands principes du droit des gens: depuis l'antiquité jusqu'a la veille de la gran guerre*, París, Librairie Arthur Rousseau, 1923.

Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

CAPÍTULO 2

¿Para qué un derecho internacional latinoamericano?

Liliana Obregón

Introducción: la existencia (o no) del DILA

En 1912, el diplomático y profesor de derecho internacional Manóel Álvaro de Souza Sá Vianna (1860-1924) publicó un voluminoso libro para probar que "no existe, ni puede existir, un derecho internacional latinoamericano […]"[1]. El internacionalista brasilero buscaba responderle al abogado chileno Alejandro Álvarez (1868-1960), quien durante el Tercer Congreso Cientifico Latinoamericano de 1905, realizado en Río de Janeiro, había promovido el regionalismo jurídico en un trabajo titulado "Origen y desarrollo del derecho internacional americano"[2].

El debate acerca de la existencia o no de un derecho internacional "americano" o "latinoamericano" (que abreviaremos como DILA) había comenzado cuatro décadas atrás, cuando el abogado argentino Carlos Calvo (1842-1902) publicó el *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América* (1868) y su compatriota Amancio Alcorta (1842-1902) se quejó que la obra no mencionaba la posibilidad de un DILA[3]. Calvo respondió

1 Manoel Álvaro de Souza Sá Vianna, "De la non existence d'un droit international Americain", Dissertation presentée au Congres Scientifique Latino-Américain, Premier Pan-Américain, Rio de Janeiro, L. Figueredo, 1912, p. 11.

2 El artículo fue modificado y publicado más tarde como: Alejandro Álvarez, "Le droit international Américain, son origine et son évolution", en *Revue Générale de Droit International Public XIV,* 1907.

3 Amancio Alcorta, "La ciencia del derecho internacional: a propósito de la obra de Calvo", en *Nueva Revista VII,* 1883, p. 636. El debate Calvo-Alcorta también es citado por Jesús María Yepes en *Alejandro Álvarez: créateur du droit international Américain. La notion*

que era importante destacar a los autores y conflictos internacionales originados en la región, pero que el DILA no existía porque el derecho internacional versaba sobre principios jurídicos y no debía dar soluciones a problemas coyunturales o específicos[4]. Álvarez quiso retomar la propuesta de un DILA, pero como su primer teorizador, título que él mismo se puso al argumentar que Alcorta no presentó un estudio comprensivo sobre la forma en que surgió el DILA ni sobre los principios o sujetos que lo conformaban[5]. Durante los siguientes cincuenta años, Álvarez continuaría con su papel de promotor y teorizador del DILA, con una aceptación relativamente amplia entre abogados internacionalistas de la región. Pero coincidiendo con la muerte de Álvarez en 1960 y otros factores coyunturales, la invocación del DILA cayó en desuso y en el olvido.

La pregunta sobre la existencia o no del DILA generó tres respuestas: 1) que nunca ha existido; 2) que existió y luego dejo de existir; o 3) que existió y sigue existiendo. La variedad de opiniones acerca de la existencia de un derecho particular a la región hace pensar que no hay un acuerdo sobre su identidad como "latinoamericano", no es claro en qué consiste, cuál es su contenido y cómo ha sido su desarrollo. A la vez, argumentar su inexistencia sería desconocer los congresos, tratados, principios y costumbre que varios juristas han construido como pertenecientes al DILA. Lo significativo de la controversia no es probar la existencia o no del DILA, sino intentar responder a la pregunta ¿para qué argumentar un derecho internacional latinoamericano?

Una primera respuesta sería que la invocación del DILA obedece a la reacción de algunos juristas latinoamericanos a un derecho internacional percibido como hegemónico y "europeo" antes de la Segunda Guerra Mundial, o como "estadounidense" posteriormente. Los momentos en que los juristas de la región han invocado la existencia de un DILA obedece a

---

de l'universalité du droit des gens en rapport avec les conceptions internationales Américaines, París, Les éditions internationales, 1938; y por H.B. Jacobini en *A Study of the Philosophy of International Law as Seen in the Works of Latin American Writers,* La Haya, Martinus Nijhoff, 1954. Para un análisis contemporáneo ver el artículo de Arnulf Becker Lorca: "International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination", en *Harvard International Law Journal* 47.1, 2006.

4 Carlos Calvo, "Polémica Calvo-Alcorta", en *Nueva Revista de Buenos Aires* 8, 1883.

5 Alexandre Álvarez, *Le droit international Américain: son fondement, sa nature: d'apres l'histoire diplomatique des états du nouveau monde et leur vie politique et économique,* París, A. Pedone, 1910, 267 f1. Para un análisis de la obra de Álvarez desde varias perspectivas contemporáneas ver los artículos de: Becker, Esquirol, Obregón, *et al.,* "Special Issue: Alejandro Álvarez (Periphery Series)", en *Leiden Journal of International Law* 9.4, 2006.

factores geopolíticos, económicos y estratégicos de los Estados en relación al contexto hemisférico y mundial, más que a la esencia de alguna identidad histórica compartida. Pero fue esta afirmación de una identidad regional lo que permitió promover proyectos colectivos de unidad jurídica en el continente, ya tuvieran diversas intenciones u orígenes políticos, resultaran en una acción fracasada o exitosa, o fuera cuestionada por actores excluidos de la invocación de una esencialidad latinoamericana.

Por lo tanto, este ensayo pretende revisar algunos momentos en que se ha invocado la iniciación (siglo XIX), teorización y surgimiento (primera mitad del siglo XX), y caída (segunda mitad del siglo XX) del DILA con el fin de intentar responder a la pregunta del "para qué?". El artículo concluye revisando la actual promoción de una identidad latinoamericana desde una visión pragmática y "desde abajo", como un nuevo uso del derecho internacional *en* América Latina y como una identidad conceptual en permanente reconfiguración según las circunstancias (económicas, políticas o sociales) contemporáneas.

La primera mitad del siglo XIX: el surgimiento de una perspectiva americana del derecho de gentes y la conciencia jurídica criolla

Desde que Immanuel Kant publicó *Sobre la paz perpetua* en 1795, la propuesta de una confederación de Estados como una solución jurídica al problema de la guerra ha sido vista como la mayor aspiración institucional del derecho internacional[6]. Kant era consciente de lo utópico de su propuesta pero se imaginaba que esa unión de Estados sólo se daría en Europa o sería liderada por Estados europeos. Sin embargo, sólo algunos años después de

6 Immanuel Kant, "Idea for a Universal History from a Cosmopolitan Perspective", en *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History,* Pauline Kleingeld, Jeremy Waldron, Michael W. Doyle y Allen W. Wood (eds.), New Haven, Yale University Press, 2006. Un texto de José María Torres-Caicedo, uno de los primeros promotores del concepto de América Latina, comienza con una frase de Kant: "Una de las condiciones de la paz perpetua consiste en que el derecho público sea fundado en una federación de Estados libres. Un derecho tal, sólo puede confirmarse en una asamblea general de los Estados independientes, análoga a la unión de los individuos que forman cada Estado separado". José María Torres-Caicedo, *Unión Latino-Americana, Pensamiento de Bolívar para formar una Liga Americana. Su origen y sus desarrollos y estudio sobre la gran cuestión que tanto interesa a los Estados débiles, a saber: ¿Un gobierno legítimo es responsable por los daños y perjuicios ocasionados a los extranjeros por las facciones?,* París, Rosa y Bouret, 1865, p. 2.

la propuesta kantiana, el líder independentista Simón Bolívar comenzó a pensar en una "unión, liga y confederación" de los nuevos Estados americanos. Su idea de integración regional fue plasmada por primera vez en la Carta de Jamaica de 1815, pero fue sólo cuando varios Estados habían sido reconocidos como independientes por España, que Bolívar decidió seguir adelante con la organización efectiva de un congreso.

La idea regionalista de Bolívar y la realización del congreso en Panamá en 1826 han sido alabados por múltiples autores como el punto de partida del DILA[7], a pesar de que también hay una literatura extensa sobre su fracaso[8]. Bolívar escogió el istmo de Panamá como sede para el congreso y sitio ideal para la integración argumentando tres razones: 1) su equidistancia entre México y Buenos Aires; 2) su valor simbólico como centro del mundo "mirando a Asia por un lado y a África y Europa por el otro"; y 3) su paralelo geográfico y político con el istmo de Corinto con el fin de lograr "superar el legado de los congresos anfictiónicos griegos"[9].

Las primeras invitaciones enviadas por Bolívar en 1824 anunciaban la urgencia de unir a las antiguas colonias españolas en un esfuerzo por consolidar un gobierno "eterno", celebrar el poder "del mundo de Colón", llevar a cabo alianzas diplomáticas y tratados internacionales[10] y servir de

7 Torres-Caicedo, *op. cit.*; Simón B. Planas Suárez, *La doctrina de Monroe y la doctrina de Bolívar: Los grandes principios de la política internacional americana,* Habana, El Siglo XX, 1924; Antonio de la Peña y Reyes, *El Congreso de Panamá y algunos otros proyectos de unión hispano-americana,* México, Publicaciones de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 1926; Mauricio Mackenzie, *Los ideales de Bolívar en el derecho internacional americano,* Biblioteca del Ministerio de Gobierno, Colección Bolivariana 1, Bogotá: [s.n.], 1955; Jesús María Yepes, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954: el genio de Bolívar a través de la historia de las relaciones interamericanas,* Caracas, Cromotip, 1955; Ivonne González Niño, *Simón Bolívar, precursor del derecho internacional americano,* Pensamiento Latinoamericano, Bogotá, Instituto Colombiano de Estudios Latinoamericanos y del Caribe, 1985, Vol. 3; Edgar Vieira Posada, *La integración de América Latina: del Congreso Anfictiónico de Panamá en 1826 a una comunidad latinoamericana o sudamericana de naciones en el año 2010,* Colección Biblioteca del Profesional, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2004; Germán A. de la Reza, *El Congreso de Panamá de 1826 y otros ensayos de integración latinoamericana en el siglo XIX: estudio y fuentes documentales anotadas,* México D.F., Ediciones y Gráficos EÓN, Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, 2006.

8 Germán A. de la Reza, "El Congreso Anfictiónico de Panamá. Una hipótesis complementaria sobre el fracaso del primer ensayo de integración latinoamericana", en *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* 5.10, 2003.

9 Simón Bolívar, *Colección de documentos relativos a la vida pública del Libertador de Colombia y del Perú para servir a la historia de la independencia de Suramérica,* Tomo Tercero, Caracas, Impr. de Devisme Hermanos, 1826, Vol. 3, p. 178.

10 Bolívar, *ibídem,* p. 175.

consejo y mediador en los conflictos regionales en una "sociedad de naciones hermanas"[11]. Bolívar comentaría en su diario:

> […] este Congreso parece destinado a formar la liga más vasta, o más extraordinaria o más fuerte que ha aparecido hasta el día sobre la tierra […] Las relaciones de las sociedades políticas recibirían un código de derecho público por regla de conducta universal […] El Nuevo Mundo se constituiría en naciones independientes, ligadas todas por una ley común que fijase sus relaciones externas y les ofreciese el poder conservador en un congreso general y permanente[12].

Es también claro que la intención de Bolívar era que el encuentro llevara a una unión que protegiera la fragilidad de las recién ganadas independencias ante una España aún amenazante y la incertidumbre acerca del apoyo del resto de Europa. Pero la organización del congreso presentó múltiples retos para Bolívar, no solamente por el evidente problema de la distancia y las comunicaciones, sino por el tema de la representación. Por un lado, los Estados se componían de una diversidad inmensa, que trescientos años de colonialismo habían configurado en un complejo sistema político, jurídico y social de una población estratificada en castas y que bajo el nuevo esquema de Estados soberanos debían representarse como unidades homogéneas. Se calcula que para la época de la independencia una población total de unas diecisiete millones de personas habitaba en las antiguas colonias españolas, de las cuales un poco más de tres millones eran criollos (o "blancos"), frente a unos siete y medio millones de indígenas, cinco millones de castas y ochocientos mil esclavos[13].

En ese sentido, el dilema de la representación de quiénes conformarían la ciudadanía de los nuevos Estados americanos y la relación con el derecho está representado en una frase ilustrativa de Bolívar: "[…] nosotros […] no somos indios, ni europeos, sino una especie media entre los legítimos propietarios del país, y los usurpadores españoles: en suma, siendo nosotros

11 Vieira Posada, *op. cit.,* p. 43.

12 Germán A. de la Reza, "Simón Bolívar: Un pensamiento sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá, Lima, febrero 1826", en *Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá,* primera edición, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, Banco Central de Venezuela, 2010.

13 Estos números, como bien lo describe Manuel Lucena Giraldo, deben tomarse con escepticismo por la cantidad de limitaciones existentes para obtener datos censuales en la época, incluyendo la resistencia de los grupos a dejarse identificar bajo categorías raciales. Sin embargo, es innegable que la minoría criolla no era representativa de una mayoría muy diversa.

americanos por nacimiento, y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar éstos a los [nativos] del país, [y] mantenernos en contra […] de los invasores; así nos hallamos en el caso más extraordinario y complicado"[14].

Bolívar asumía el liderazgo natural de la minoría criolla, no reconocía a las mayorías mestizas y negras como ciudadanos, y ponía a los europeos en oposición a los indígenas por la apropiación de sus tierras. Sin embargo, Bolívar anticipaba que al buscar una unión basada en la idea de un origen, costumbres e idioma común de una minoría criolla que no coincidía con la diversidad poblacional de la mayoría se daría una situación extraordinaria y compleja.

Las primeras invitaciones al Congreso de Panamá se enviaron a la Gran Colombia, los Estados Unidos Mexicanos, la República del Centro de América, las repúblicas de Perú y Chile, y las Provincias Unidas del Río de la Plata[15]. Más adelante se extendió una invitación al nuevo Estado de Bolivia y al imperio de Brasil. Estados Unidos de América fue invitado posteriormente pero con la advertencia de que quedaba excluido de las deliberaciones y acuerdos[16]. Gran Bretaña y los Países Bajos fueron invitados como observadores europeos[17].

Pero es en las discusiones sobre si se debía invitar a Haití al Congreso de Panamá en donde se evidencia la visión de Bolívar sobre qué Estados e individuos cabían en su proyecto de integración regional. Para 1824, los antiguos esclavos de la colonia francesa de Santo Domingo llevaban tres décadas de sublevación y más de una década de haberse declarado como

14 Simón Bolívar, "Contestación de un americano meridional (es el general Bolívar) a un caballero de esta isla (Jamaica)", en *Coleccion de documentos relativos a la vida pública del Libertador de Colombia y del Perú para servir a la historia de la Independencia de Suramérica,* Tomo Vigésimo Primero, Caracas, Impr. de G.F. Devisme, 1830, Vol. 21.

15 David Bushnell, *Simón Bolívar: Hombre de Caracas, proyecto de América: una biografía,* Colección Historias Americanas, primera edición, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2002, p. 130.

16 William R. Manning (ed.), Henry Clay, secretario de Estado, a Richard C. Anderson, embajador de los Estados Unidos en Colombia, Documento 145, Nueva York, Oxford University Press, 1925, Vol. 1 de 3 Vols, p. 253. Para una versión de la discusión sobre la participación de Estados Unidos en el Congreso de Panamá ver: Jeffrey J. Malanson, "The Congressional Debate over U.S. Participation in the Congress of Panama, 1825-1826: Washington's Farewell Address, Monroe's Doctrine, and the Fundamental Principles of U.S. Foreign Policy", en *Diplomatic History* 30.5, 2006.

17 Jan Schoonhoven y Casper Tymen De Jong, "The Dutch Observer at the Congress of Panama in 1826", en *The Hispanic American Historical Review* 36.1, 1956. Bolívar concebía al Gobierno inglés como miembro constituyente con el fin de apoyar a la unión y los americanos se beneficiaran del "carácter y costumbres" de los británicos y en contraprestación los ingleses recibieran los beneficios del dominio comercial, la igualdad ciudadana y la centralidad geográfica para operar sus relaciones con Asia. *Op. cit.,* p. 84.

la república independiente de "Hayti", la segunda del hemisferio después de Estados Unidos. El primer presidente haitiano, Alexandre Petión, había ayudado a Bolívar cuando éste desembarcó en Haití en 1816 buscando desesperadamente su apoyo. Petión lo equipó con hombres, barcos, dinero, fusiles, pólvora y una imprenta. Para agradecerle, Bolívar quería reconocer a Petión como el "autor de nuestra libertad" en la proclamación de la independencia, pero Petión le pidió que sólo le respondiera con la libertad para "todos aquellos que todavía están bajo el yugo de la esclavitud"[18]. El juramento de Bolívar a Petión se convirtió en una oportunidad para reclutar esclavos en su ejército a cambio de su libertad[19]. Sin embargo, tres meses más tarde, Bolívar —nuevamente derrotado por las fuerzas españolas— regresaría a Haití en busca de más apoyo. Por segunda vez, Petión le entregó suministros y voluntarios, apoyo con el cual Bolívar ganó la batalla definitiva de la independencia en Caracas. En agradecimiento, Bolívar envió una de sus espadas favoritas a Petión y al saber de su muerte, en 1818, se refirió a él como "el autor de nuestra independencia"[20], pero nunca logró cumplir plenamente con la promesa de libertar a los esclavos[21].

No es de extrañarse, entonces, que el Gobierno haitiano anticipara una invitación al Congreso de Panamá. La dirigencia haitiana tenía la esperanza de que su presencia en Panamá llevaría al reconocimiento diplomático por parte de los Estados presentes. Pero los gobiernos de Estados Unidos, la Gran Colombia y Perú rechazaron la presencia de Haití por temor a reconocer a una población anteriormente esclava como ciudadanos de un Estado independiente y que este hecho incentivara pretensiones semejantes entre las poblaciones aún esclavizadas del continente.

En el Congreso de Estados Unidos se dio un debate acalorado sobre la relación de Haití con la cuestión de la esclavitud: "[…] la esclavitud […]

18 Simón Bolívar, "Latin-American Correspondence author(s): Simón Bolívar and Alexandre Sabes Petion", Phylon, 1940-1956, 7.2, 1946, p. 196.

19 Simón Bolívar, "Decreto sobre libertad de los esclavos-Carúpano, 2 de junio de 1816", en Vicente Lecuna (ed.), *Bolívar, Simón. Proclamas y discursos del Libertador, 1811-1830,* Biblioteca de Autores y Temas Mirandinos, 1983.

20 Paul Verna, *Pétion y Bolívar; cuarenta años (1790-1830) de relaciones haitianovenezolanas y su aporte a la emancipación de Hispanoamérica*, Caracas, 1969, p. 196.

21 Sólo Chile, país invitado a Panamá pero que no quiso asistir, había abolido la esclavitud antes de 1826. Ninguno de los Estados representados en el Congreso de Panamá había abolido la esclavitud para ese momento. Del inicio de la libertad de vientres al fin de la comercialización y trata de esclavos y abolición absoluta fue un proceso conflictivo y largo que duró casi todo el siglo XIX. México abolió la esclavitud en 1829, Colombia (Panamá), Ecuador y Venezuela entre 1851 y 1854, con pagos de indemnización por parte del Estado para los propietarios de esclavos, Argentina en 1853, Perú en 1855, y, por último, el Gobierno imperial de Brasil en 1888.

debe ser considerada, en su totalidad, como una cuestión interna […] es un tema demasiado delicado […] —también de vital interés para nosotros— para que sea debatido en el extranjero […] Nuestra política con respecto a Haytí es clara. Nunca podremos reconocer su independencia [...]"[22]. El presidente Adams consideraba que Haití, por "la naturaleza y la forma de la creación del poder gobernante en la isla" y "el poco respeto que se había demostrado por otras razas diferentes a la africana", limitaba las posibilidades de los Estados Unidos para reconocerla[23]. Otros congresistas se opusieron a la representación de Haití en Panamá porque les incomodaba la "forma diferente de relación con los africanos" que tenían los españoles americanos (refiriéndose al ejemplo de la ayuda que Petión prestó a Bolívar)[24] y porque los haitianos por ser negros "no tenían la capacidad de administrar un gobierno republicano"[25].

La oposición de otros Estados americanos fue igualmente dura: el ministro de Relaciones Exteriores de la Gran Colombia, Pedro Gual, afirmó su "repugnancia a guardar con Haití aquellas consideraciones de etiqueta [...] generalmente recibidas entre naciones civilizadas" e instruyó a los delegados de su país que en ningún caso deberían reconocer a Haití. El presidente Santander insistió que el reconocimiento de "una república de color, traería perjuicios a la causa americana ante la opinión de las potencias europeas". El ministro de Relaciones Exteriores del Perú, Hipólito Unanué, argumentó que la presencia de delegados de Haití daría la idea de independencia a los esclavos del continente y podría causar una revolución racial desastrosa. La solidaridad haitiana con el proyecto de independencia bolivariano no fue suficiente para recibir una invitación a Panamá pues Simón Bolívar argumentó que la reunión permitiría a los líderes de la región dejar de temer "a ese tremendo monstruo que ha devorado la isla de Santo Domingo"[26].

22 *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution as Recommended by the General Convention at Philadelphia, in 1787, Together with the Journal of the Federal Convention, Luther Martin's Letter, Yate's Minute, Congressional Opinions, and Others*, Washington, 1836, Vol. IV, pp. 483-485.

23 Congreso de los Estados Unidos, "Documents Relative to the Panama Mission", Register of the Debates in Congress of the Second Session of the Twentieth Congress, Washington Gales & Seaton's Register, 1830, Vol. V, p. 47.

24 American-Anti-Slavery Society, "William Jay View of the Action of the Federal Government in Behalf of Slavery", Congressional Debates, 1839, Vol. II, pp. 176-178.

25 *The American Whig Review VIII,* New Series, 1851, pp. 156 y 157.

26 Germán A. de la Reza, *Simón Bolívar: Un pensamiento sobre el Congreso de Panamá y otros ensayos de integración latinoamericana en el siglo XIX: estudio y fuentes documentales anotadas,* México D.F., Ediciones y Gráficos EÓN, 2005, p. 84.

Por lo tanto, la única salida para Haití era la de pagar por el reconocimiento de Francia respecto a su independencia. En 1825 el país contrajo una deuda leonina de ciento cincuenta millones de francos con el fin de indemnizar a los anteriores dueños de esclavos, como consecuencia Haití quedó con una deuda excesivamente onerosa por la cual respondió durante casi un siglo[27]. Pero a pesar de que en 1834 ya se podría considerar que Francia había reconocido plenamente a Haití, los Estados americanos sólo comenzaron a reconocerlo después de que lo hizo Estados Unidos en 1862 y Brasil en 1865. México fue el último país americano en reconocer a Haití en 1934, 130 años después de que Haití se declaró independiente[28] y fue sólo hasta 1950 cuando Colombia estableció una delegación permanente en dicho país[29].

En 1832, cuatro años después del Congreso de Panamá, Andrés Bello escribió el primer libro de derecho internacional publicado en las Américas, bajo el título *Principios del derecho de jentes* y posteriormente como *Principios del derecho internacional* en su segunda (1844) y tercera (1864) edición. Bello se apropió de textos europeos y estadounidenses y los reescribió, editó y organizó en un tratado escrito en español y con una "perspectiva americana", como parte de su proyecto de orden para la región[30]. Bello incentivó la escritura de otros textos pero el suyo fue el que más se reimprimió, distribuyó y enseñó en el siglo XIX. Incluso, podríamos aseverar que el texto de Bello dio inicio a la enseñanza del derecho internacional en las facultades de derecho de las nuevas repúblicas, anticipándose a las europeas y estadounidenses[31].

27 La indemnización exigida por Francia para pagar a los antiguos propietarios de esclavos y haciendas (*anciens colons*) equivaldría a unos veintiún billones de dólares hoy en día. Haití no pudo completar el primer pago de treinta millones de francos y, como consecuencia, fue obligada a buscar préstamos leoninos con bancos franceses, estadounidenses y alemanes, conviritiendo el pago de la indemnización en una doble deuda que pagaría durante un siglo. Sobre este tema ver Frédéric Marcelin, *Haïti Et L'indemnité Française*, París, Soc. Anonyme de l'imprimerie Kugelmann, 1897, y en nueva edición de la *Collection Du Bicentenaire,* Haití, [s.n.], 2004; y Frantz Douyon, *Haïti de l'indépendance à la dépendance*, París, Editions L'Harmattan, 2004.

28 I.M. Wallerstein, *The Modern World-System,* University of California Press Berkeley, 2011, fn 308.

29 Daniel Gutiérrez Ardila, "Colombia y Haití: historia de un desencuentro (1819-1831)", en *Secuencia,* 2011, No. 81, pp. 67-93.

30 Ver: Liliana Obregón, "Construyendo la región americana: Andrés Bello y el derecho internacional", en *Andrés Bello y los estudios latinoamericanos*, Beatriz González Stephan y Juan Poblete (eds.), Pittsburgh, Instituto Internacional de Literatura Iberoamericana, 2009; Ivan Jaksic, *Andrés Bello: La pasión por el orden, imagen de Chile,* Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2001.

31 En Francia, Alemania e Inglaterra, el derecho internacional se comenzó a enseñar (como curso independiente) a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y, en Estados Unidos,

Este esfuerzo inicial de Bolívar, Bello y otros en el siglo XIX podría entenderse como perteneciente a lo que he llamado una "conciencia jurídica criolla": o aquel conjunto de ideas sobre el derecho que compartían los letrados criollos en la era postindependentista. Por ser este un grupo grande, en una región vasta y durante un periodo de inestabilidad política y social, sólo podemos identificar dos conceptos compartidos que hacen parte de esa conciencia: la idea de que existe una identidad jurídica americana y la intención o voluntad de civilización. La conciencia jurídica es "una forma particular de conciencia que caracteriza a los abogados de un grupo social en un momento determinado"[32] y en la mayor parte de las antiguas colonias españolas se denominaba "criollo" a una persona descendiente de españoles pero nacida en las Américas. Esta denominación implicaba una presunción de cultura y presencia física racial "blanca" y un sentido de pertenencia americana (patriotismo criollo)[33], pero por ser una categoría social ambivalente y profundamente inestable es mejor pensar en el criollo desde una posición social y jurídica del sujeto, que desde una posición biológica[34].

Por lo tanto, la identidad jurídica americana (como parte de la conciencia criolla) se caracteriza por: un legado regional del derecho indiano y del derecho español, un entendimiento común de que la raíz histórica (y "civilizada") del derecho en la región era el derecho romano; una herencia europea transformada en distintivamente americana; una práctica de usar fuentes jurídicas variadas para resolver problemas locales; y un entendimiento del

---

los primeros cursos de derecho internacional se dictaron en Yale en 1846, en Harvard en 1863 y en la Universidad de Columbia en 1865. Para 1907, sólo diez de las 81 facultades de derecho enseñaban derecho internacional, un curso que se consideraba un "lujo" y que incluso hoy no es una materia obligatoria en el pénsum de derecho de las universidades estadounidenses. Véase: Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960,* Cambridge UK, Cambridge University Press, 2001. Véase: John M. Raymond y Barbara J. Frischholz, "Lawyers Who Established International Law in the United States,1776-1914", en 76 *A.J.I.L. 802,* 1982.

32 Duncan Kennedy, "Toward a Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America 1850-1940", en *Research in Law and Sociology* 3, 1980, p. 23.

33 Sobre la construcción de la categoría del criollo ver: Elizabeth Anne Kuznesof, "Ethnic and Gender Influences on 'Spanish' Creole Society in Colonial Spanish America", en *Colonial Latin American Review* 4.1, 1995; Bernard Lavalle, *Las promesas ambiguas: ensayos sobre el criollismo colonial en los Andes,* Lima, Pontificia Universidad Católica, 1993; José Antonio Mazzotti (ed.), *Agencias criollas: la ambigüedad "colonial" en las letras hispanoamericanas,* Pittsburgh, Instituto Internacional de Literatura Iberoamericana, 2000.

34 En este sentido, el honor sería un factor más importante que la raza para determinar la posición del criollo en la sociedad, especialmente para los abogados. Ver: Víctor M. Uribe Urán, *Honorable Lives: Lawyers, Family, and Politics in Colombia 1789-1850*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.

letrado criollo como "naturalmente" superior al resto de la población nativa (castas, indígenas, negros).

Por otra parte, con el nacimiento de nuevas naciones en el continente americano, los letrados criollos se apropiaron del discurso civilizador que comenzó a difundirse en Europa durante la Revolución Francesa, expresando la idea de progreso y la perfectibilidad del ser humano como un hecho universal que se lograba a través del derecho y las instituciones[35]. El uso del término "civilización" era entendido como un logro colectivo de la humanidad pero su referente de unidad y perfección se sintetizaba en Europa. Su opuesto, la barbarie, tenía como marco de referencia aquello que quedaba por fuera de Europa. Con el fin de no ser excluidos de los derechos asignados (por Europa) a los miembros de la llamada "comunidad de naciones civilizadas", los criollos mostraban una voluntad de civilización, como uno de los ideales compartidos dentro de la conciencia jurídica criolla, para construir nuevos ideales del derecho que aparecerían en las constituciones y leyes, y les darían prevalencia a políticas económicas, religiosas, educativas y de control social que buscaban mejorar la "civilización" existente[36].

La segunda mitad del siglo XIX: de americanos a latinoamericanos en el derecho internacional

El escenario mundial había cambiado desde el Congreso de Panamá y la publicación del texto de Bello. El americanismo de las élites criollas de comienzos del siglo XIX incluía a Estados Unidos como un modelo de autonomía

35 La palabra francesa *"civilisation"* se origina en el uso de las palabras *"civilité"* (civilidad) y *"poli"* (refinado, que emite leyes prudentes) del francés. Para una descripción más extensa acerca el uso del concepto de civilización en el derecho internacional ver: Liliana Obregón, "The Civilized and the Uncivilized in the History of International Law", en Bardo Fassbender y Anne Peters (eds.), *Oxford Handbook on the History of Public International Law,* Londres, Oxford University Press, 2012.

36 Domingo Faustino Sarmiento, *Civilización y barbarie, vida de Juan Facundo Quirog*a. *Y aspecto físico, costumbres y hábitos de la República Argentina,* Santiago, Impr. del Progreso, 1845; Juan Bautista Armada y Losada Marqués de Figueroa, *Civilización hispano-americana su carácter, sus perspectivas,* Madrid, Unión Ibero-Americana, 1927; Roy Harvey Pearce, *The Savages of America; a Study of the Indian and the Idea of Civilization*, edición revisada, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1965; Darcy Ribeiro, *Las Américas y la civilización: proceso de formación y causas del desarrollo desigual de los pueblos americanos,* tercera edición revisada y actualizada por el autor, México D.F., Editorial Extemporáneos, 1977; Juan R. Goberna Falque, *Civilización: historia de una idea,* Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1999; Cristina Rojas, *Civilization and Violence: Regimes of Representation in Nineteenth Century, Colombia,* Borderlines, Minneápolis, University of Minnesota Press, 2001.

y gobierno exitoso, de donde se inspiraron nuevas constituciones y formas de gobierno[37]. La doctrina Monroe fue adaptada desde el Congreso de Panamá como útil a los gobiernos de la región en contra de las frecuentes intervenciones europeas. Sin embargo, hacia mediados del siglo XIX, la guerra de Estados Unidos contra México en 1848, la consecuente pérdida de California y Tejas, y la invasión del filibustero William Walker en Nicaragua en 1855 —quien se autonombró presidente, reinstauró la esclavitud y quiso anexar el país a Estados Unidos— crearon temores de un imperialismo estadounidense que continuaría hacia el sur del continente[38].

Es entonces cuando el concepto de "América Latina" surge en la segunda mitad del siglo XIX como una adaptación criolla del panlatinismo francés en reacción a la política expansionista de Estados Unidos. La idea del panlatinismo surge del economista francés Michel Chevalier (1806-1879), funcionario de Napoleón III, y de Ernest Renán (1823-1892), quienes promovieron la unión basada en categorías étnicas y culturales del historicismo europeo de principios del siglo XIX. El panlatinismo proyectaba la oposición de Francia al dominio continental de las naciones anglosajonas (Inglaterra y Estados Unidos) y un modelo geoideológico legitimador de sus intereses económicos expansionistas y de patronazgo cultural[39]. Chevalier dividió al mundo en la civilización de Occidente (europea), que avanzaba rápidamente, y la de Oriente (japonesa y china), que avanzaban lentamente y en dirección opuesta, y argumentaba la necesidad de contrarrestar el avance de la "raza anglosajona" por encima de la "raza latina"[40]. La civilización europea descrita por Chevalier se subdividía en dos familias "naturales" conforme a sus orígenes históricos y geográficos: al norte, la Europa *germánica*, de religión protestante que hablaba lenguas germánicas; y, hacia el centro de Europa o el Mediterráneo, la Europa *latina,* que era católica y

37 La influencia del constitucionalismo estadounidense se extendió como consecuencia de la obra *De la démocratie en Amérique,* publicada en París, en 1836, por Alexis de Tocqueville, con una primera traducción al castellano de D.A. Sánchez de Bustamante, en 1837, como *De la democracia en América del Norte,* que circuló extensamente entre las élites criollas. Héctor Fix Zamudio, "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos,* México, 1988, p. 223.

38 Véase: Alejandro Bolaños Geyer, *William Walker: The Gray-Eyed Man of Destiny,* Lake Saint Louis, Missouri, 1988; Noel Bertram Gerson, *Sad Swashbuckler: The Life of William Walker,* Nashville, T. Nelson, 1976.

39 Véase: John L. Phelan, *El origen de la idea de América,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

40 Según Chevalier, "[...] las dos civilizaciones se encontrarán pronto y se mezclarán [...] ese será el momento más importante en la historia de la especie humana". Michel Chevalier, "Sobre el progreso y porvenir de la civilización", en *Revista española de ambos mundos,* 1853.

hablaba lenguas latinas. Según Chevalier, las dos familias se reprodujeron de manera correspondiente en América: al norte, la familia germánica y al sur los descendientes de la Europa latina. Sin embargo, Chevalier observó que existía un desequilibrio de poder porque los descendientes americanos de la raza anglosajona habían progresado de manera desproporcionada en relación a la raza latina[41]. Era importante para el futuro de la raza humana que las razas anglo y latina regresaran al equilibrio en su dominación del continente americano para evitar el desequilibrio en el punto medio de la expansión o avance de las civilizaciones occidentales y orientales. El único país que tenía el liderazgo para equilibrar la presencia latina e impedir un mayor avance de la dominación anglosajona, según la visión de Chevalier, era obviamente Francia.

> Creo que Francia ha recibido el llamado para ejercer un patronazgo fértil y benevolente sobre aquellas naciones de América del Sur que no son todavía autosuficientes [...] De las naciones europeas de la familia latina, no debería haber ninguna duda de la supremacía que deberíamos ejercer, ni sobre las responsabilidades o intereses que tenemos en ellas. Desde Luis XIV, hemos estado visiblemente a la cabeza de esta familia y no podemos darle la espalda a los beneficios o a las responsabilidades de nuestra posición [...] Nosotros, los franceses, somos todos de la familia latina, el mejor lugar, el único bien situado, para asimilar estos progresos modificándolos según las necesidades de nuestra naturaleza. Estamos plenos de energía; nuestra inteligencia nunca fue tan abierta; nunca nuestros corazones latieron tan fuerte frente a empresas de esta nobleza[42].

Aunque el panlatinismo de Chevalier defendía claramente el papel imperial de Francia, su descripción de las antiguas colonias españolas como parte de la familia o raza latinas tuvo eco entre la élite criolla en París. Al parecer, un criollo y diplomático chileno, Francisco Bilbao, fue el primero que usó la expresión "América Latina" y "latinoamericanos" en una conferencia que dio a la comunidad diplomática en París, el 22 de junio de 1853, titulada la "Idea de un Congreso Federal para las Repúblicas". Bilbao usó el concepto de "latinoamericanos" en oposición a "americanos anglosajones" en una forma similar a la de Chevalier para describir la presencia de las dos razas en el continente. La idea de un nuevo congreso o confederación de

41 El concepto de raza para Chevalier era cultural y étnico más que sobre el color de la piel.
42 Chevalier, *op. cit.*

Estados americanos como propuesta de unificación frente a las amenazas extranjeras aparece, como ocurrió al comienzo del siglo XIX, con el Congreso de Panamá[43].

La utilización que hacía Bilbao de la expresión "raza latinoamericana" no le daba ningún papel a Francia, o a ninguna otra nación europea, contra el expansionismo estadounidense. Su solución era revivir la propuesta de una unión de pueblos americanos "latinos" para enfrentarse a los Estados Unidos, que había pasado de ser el ideal para la región a una amenaza para ella:

> [Los Estados Unidos] sirvieron de campo a las utopías, a todos los ensayos: de templo […] a los que aspiran por regiones libres para sus almas libres. Ese fue el momento heroico en sus anales. Todo creció: riqueza, población, poder y libertad. Derribaron las selvas, poblaron los desiertos, recorrieron todos los mares. Despreciando tradiciones y sistemas, y creando un espíritu devorador del tiempo y espacio, han llegado a formar una nación, un genio particular. Volviendo sobre sí mismos y contemplándose tan grandes, han caído en la tentación de los Titanes, creyéndose ser los árbitros de la tierra y aun los contemptores del Olimpo. La personalidad infatuada desciende al individualismo, su exageración al egoísmo; y de aquí, a la injusticia y a la dureza de corazón no hay más que un paso. Pretenden en sí mismos concentrar el universo. El yankee reemplaza al americano, el patriotismo romano al de la filosofía, la industria a la caridad, la riqueza a la moral, y su propia nación a la justicia. No abolieron la esclavitud en sus Estados, no conservaron las razas heroicas de sus indios, ni se han constituido en campeones de la causa universal, sino del interés americano, del individualismo sajón. Se precipitan sobre el Sur, y esa nación que debía haber sido nuestra estrella, nuestro modelo, nuestra fuerza, se convierte cada día en una amenaza de la AUTONOMÍA de la América del Sur[44].

La conferencia en la que habló Bilbao, al igual que los libros y artículos de Chevalier, tuvieron un impacto destacado en otros criollos en París, entre los que se encontraba el diplomático colombiano José María Torres-Caicedo. De hecho, algunos autores atribuyen a Torres-Caicedo el primer

43 Francisco Bilbao, "Idea de un Congreso Federal de las Repúblicas", Colección de ensayos y documentos relativos a la unión y confederacion de los pueblos hispano-americanos publicada a expensas de la "Sociedad de la Unión Americana de Chile", Santiago de Chile, Impr. Chilena, 1862, Vol. 1, p. 281.

44 Bilbao, *Obras completas,* editadas por Manuel Bilbao, Buenos Aires, 1866, Tomo 1, p. 293. "Autonomía" aparece en mayúsculas puesto que ese énfasis ortográfico se encuentra en el original.

uso del término, o al menos el ser el promotor más activo del mismo, porque después de que Bilbao se diera cuenta de que había adoptado un término que legitimaba el programa político expansionista francés y su patronazgo cultural dejó de usarlo[45]. Torres-Caicedo se apropió del término y promovió su uso separándolo de la connotación de imperialismo francés que tenía, aunque su uso era similar al de Bilbao: lo utilizaba en oposición al imperialismo de Estados Unidos y como imagen de un proyecto regional de unificación.

En septiembre de 1856, Torres-Caicedo publicó el poema "Las dos Américas", en el que, en el contexto de la invasión de Nicaragua por William Walker, el poeta usó la expresión "América Latina" en oposición a la raza sajona. En el poema, Torres-Caicedo glorificaba la unificación de las antiguas colonias españolas (que se basaba en una comunidad de lenguaje, religión, derecho y tradiciones) en contraste con la amenaza del imperialismo estadounidense[46]. También hizo circular un manifiesto entre la comunidad criolla en París que defendía más específicamente el proyecto de una confederación, unión o liga latinoamericana que uniría a América Central y a América del Sur para construir una gran nacionalidad, en la cual cada una conservaría su autonomía, pero bajo los mismos principios generales. Estos principios eran, entre otros: a) una nacionalidad común con los mismos derechos civiles y políticos, sin importar el lugar de nacimiento; b) la adopción de la regla *uti possidetis* de 1810 para definir los límites territoriales; c) el uso de los mismo códigos, medidas, pesos y dinero; d) el establecimiento de un único tribunal supremo de justicia; e) un sistema uniforme de convenciones postales; f) la validez obligatoria de todos los contratos, sean producto de actos públicos o privados, celebrados en América; g) un sistema liberal de comercio y aduanas; h) un sistema educativo uniforme y obligatorio; i) libertad de conciencia y tolerancia de la religión; j) el derecho moderno de extradición; k) la formación de fuerzas armadas para la defensa común; l) principios uniformes para los tratados de comercio, las convenciones consulares y la nacionalidad de los hijos de los extranjeros; m) defensa del principio de que un gobierno legítimo no es responsable por los daños causados a los extranjeros durante guerras civiles o revueltas, en mayor proporción de lo que lo es por los

45 Phelan, *op. cit.*

46 El texto completo del poema puede encontrarse en Antonio José Rivadeneira Vargas, *El bogotano J.M. Torres-Caicedo (1830-1889): la multipatria latinoamericana,* Bogotá, Colección Lecturas de Bogotá, Academia Colombiana de Historia, Alcaldía Mayor de Bogotá, 1989, pp. 61-73.

daños causados a sus propios nacionales; n) la publicidad activa contra el comercio de esclavos, sean estos negros, amarillos o blancos; ñ) la fundación de un diario francés para defender los intereses latinoamericanos y representar las leyes, recursos, instituciones, geografía y topografía de los Estados de América Latina[47].

Carlos Calvo también comenzó a apropiarse del término y lo usó con la connotación de intereses comunes entre las naciones de la región en defensa de su soberanía e independencia. En 1862, poco después de que se publicara el primer volumen de la compilación histórica de tratados de America Latina, José María Samper, un criollo colombiano[48], publicó una reseña del libro de Calvo en un artículo titulado "Derecho público latinoamericano". De una manera similar a Bilbao, describió la presencia de dos razas europeas en el continente americano, pero lo leyó justo al revés: el Norte como producto de una raza vital, vigorosa y libre, y el Sur como el legado de una raza degenerada, la raza española. Debido a este legado, Samper pensó que la creación de un derecho internacional para la región era de la mayor importancia "como elemento de civilización […] el símbolo verdadero, la síntesis, la más compleja manifestación y la más elevada forma de ser de un pueblo"[49].

47 El manifiesto de Torres-Caicedo está transcrito en Eduardo Ricardo Pérez Calvo y Lucio Ricardo Pérez Calvo, *Vida y trabajos de Carlos Calvo, Los Calvo en el Río de la Plata,* Buenos Aires, Ediciones Dunken, 1996, p. 152. Calvo manifestó que el texto contenía muchas de las ideas sobre las que había pensado o escrito antes. Calvo lo publicó en su colección de 1862, Carlos Calvo, *Colección completa de los tratados, convenciones, capitulaciones, armisticios y otros actos diplomáticos de todos los Estados de la América Latina: comprendidos entre el Golfo de Méjico y El Cabo de Hornos: desde el año de 1493 hasta nuestros días, precedidos de una memoria sobre el estado actual de la América, de cuadros estadísticos, de un diccionario diplomático y de una noticia histórica sobre cada uno de los tratados más importantes,* París, A. Durand, 1862. En 1865, Torres-Caicedo publicó sus ideas sobre el origen y el futuro de una Unión de América Latina. Torres-Caicedo, *Unión Latino-Americana, op. cit.*

48 Samper define a los criollos en general como "[...] los blancos nativos [...] [que] conforman la masa general de *letrados*, clero raso, pequeños propietarios, artesanos, comerciantes y, en menor escala, propietarios de tiendas y subalternos". Aunque luego aclara que "el bogotano [...] es de la raza de los criollos puros, el hijo de un español que todavía conserva su sangre pura, sin mezcla de otras razas, en toda su pureza y con toda su energía de rasgos, calidades y defectos". José María Samper, *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas (hispanoamericanas): con un apéndice sobre la geografía y población de la Confederación Granadina,* París, Impr. de E. Thunot y Ca, 1861, p. 83. José María Samper, "Derecho público latinoamericano", en *Miscelánea: o colección de artículos escogidos de costumbres, bibliografía, variedades y necrología*. París, Impr. de Eug. Vanderhaeghen, 1869. *(publicado originalmente en 1862, en el periódico* El Comercio *de Lima)*

49 Samper, "Derecho Público Latino-Americano", *ibídem.*

El año anterior, Samper había publicado un libro titulado *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas,* que, si se lee en conjunto con su reseña del libro de Calvo, da una perspectiva más amplia de la cuestión de qué nombre darle a la región y de sus ideas historicistas acerca del derecho y la civilización. En su ensayo de 1861, Samper construyó una historia geográfica y etnográfica de América Latina para la audiencia europea. Deseaba explicar y justificar la civilización americana. Samper reconoció los problemas de las naciones americanas, pero su proyecto dibujaba una visión de progreso. Es decir, que Samper, como Bilbao y Torres-Caicedo, proponía la creación de una confederación de naciones americanas con el propósito de unificar normas y políticas y mezclarse en grupos "homogéneos y respetables", de manera que pudieran "progresar en su civilización y restablecer su reputación en Europa"[50]. Para hacer eso, Samper describió el estado de civilización en América Latina, o más precisamente en Colombia, un nombre que encontró más apropiado para la región[51]. Aunque Samper lo que intentaba era mitigar la confusión ya existente en los nombres para la región, lo que hizo en la práctica fue aumentarla, puesto que usó el nombre Colombia, que denomina al país, como una metáfora para Colombia, la región. Samper quiere usar su propio país para representar a todo el continente porque lo considera el "más típico", porque incluía "todas las razas, todos los climas y todas las geografías" del continente. Samper usa la imagen de la montaña andina para ilustrar la estratificación política y social que existe en la región, al igual que en la geografía y la etnología de Colombia, el país. Los grupos humanos pueden clasificarse de una manera jerárquica, según sus características culturales, el clima en el que viven, el nivel de conocimiento que tienen y sus instituciones[52]. Es así como los conquistadores europeos y sus esclavos

50 Samper, *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas (hispanoamericanas) con un apéndice sobre la geografía y población de la Confederación Granadina,* pp. 244-246.

51 *Ibídem*, pp. xii-xiv.

52 Según Samper, esta clasificación se puede aplicar en las Américas en fecha tan temprana como la de la conquista española. Cuando los españoles llegaron a Colombia, encontraron a la "gran raza chibcha", los más civilizados de los pueblos indígenas, en las cimas más altas de las montañas. Samper considera a los chibchas los "más civilizados" porque tienen un sentido del derecho, la administración de justicia, el hogar, el gobierno, las idea de propiedad, matrimonio y herencia. Samper asimiló las prácticas sociales de los chibchas a las europeas para darles un mayor nivel de civilización. Puesto que para Samper los criollos de Bogotá eran también los mejores criollos en Latinoamérica a causa de su pureza racial, entonces si llegan a mezclarse con la población india esa mezcla será la más civilizada de todas las mezclas posibles. Samper adopta las teorías climáticas de su tiempo y continúa su

africanos y descendientes se establecieron en la geografía latinoamericana en correspondencia con su conocimiento del derecho y, por consiguiente, con su grado de civilización. Describe cómo los africanos salvajes permanecieron en los valles abrasadores, los mestizos ocuparon las áreas de montaña baja y media, y los más blancos y más europeos se establecieron en los valles de la alta montaña.

En paralelo a esta pirámide climática y racial, Samper asignó la cumbre a los que respetan la ley y la base a los que carecen de ella. El derecho es el símbolo superior de la civilización europea, y Europa es su creador, dice Samper. A los pies de la montaña viven los más salvajes, los más oscuros y aquellos que tienen una mayor ignorancia del derecho. Por ello, el progreso de la civilización *colombiana* (como región y también como país) consiste, para Samper, en un movimiento hacia la "fusión". La civilización baja la montaña, mientras que la barbarie la escala. Cuando se encuentran, se fusionan, y se van eliminando gradualmente los elementos salvajes, produciéndose una variedad de mezclas raciales que serán entonces la base para una sociedad verdaderamente democrática[53].

Esta descripción le permitió a Samper no sólo naturalizar la diferencia regional que existía en Colombia, el país, sino también en Colombia, la región. Construyó a Colombia, el país, como el que tenía mayor potencial para la democracia. Sin embargo, Samper quiso dejar en claro que muchos grupos no habían participado en el proceso de fusión y continuaban viviendo en el nivel más bajo de civilización. Por lo tanto, los indígenas o negros que no se habían mezclado eran los más resistentes a la civilización, mientras que el criollo puro era el que tenía la mayor capacidad civilizadora y la conciencia más democrática de todas las razas[54].

---

estratificación, y dice que más abajo de las montañas, en los valles y límites de los Andes, los indios bárbaros o intermedios que allí vivían no tenían mucho acceso a la civilización debido a las condiciones climáticas y a la vegetación de la zona. Por último, según Samper, en los "valles calurosos a nivel del mar" los españoles encontraron indios que eran "totalmente salvajes", que carecían absolutamente de conocimiento sobre el derecho, del concepto de trabajo, de propiedad, de comercio o las artes. Samper, "Derecho público latinoamericano", *op. cit.*

53 Samper, *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas (hispano americanas) con un apéndice sobre la geografía y población de la Confederación Granadina,* p. 338.

54 En Colombia, el criollo más puro para Samper se personifica de manera característica en el bogotano. En la región colombiana, Samper vio a los chilenos y a los argentinos como los más democráticos y civilizados debido a la preponderancia del "elemento" europeo, mientras que los mexicanos y los peruanos eran los más atrasados por tener un mayor grado de pueblos indígenas y mezclas. Los venezolanos se consideraba que estaban también en el extremo inferior de la civilización por su exceso de pardos (negros mezclados con blancos) y por su clima caliente.

En su reseña del tratado de Calvo, Samper usa aún más su metáfora para estratificar el derecho internacional de una forma geográfica y etnológica. En lo más alto y al norte, se encuentra el derecho público europeo, cuya dominación se caracteriza por una civilización que es lo suficientemente poderosa como para convertir en un derecho universal lo que pertenece a una situación particular[55]. Muy cerca, y también en el norte, Samper encuentra el derecho público norteamericano, que ejemplifica el progreso por el cual la civilización del Norte ha penetrado en los Estados Unidos y producido una imagen especular que había tenido éxito a la hora de convertirse en una influencia universal, puesto que pudo modificar los principios más importantes del derecho europeo[56]. Más abajo, conquistados por los europeos del Sur, están los dieciséis países hispanoamericanos. Aunque tienen sus propias constituciones, leyes e instituciones, no recibieron la "luz norteña" y así caen en la barbarie legislativa puesto que no tienen un derecho (internacional) público propio[57].

En esa línea argumentativa, Samper se da cuenta de que la única manera de progresar es crear un derecho internacional para la región, es decir, convertir lo que es "una situación particular en un derecho universal", como hicieron los europeos y los angloamericanos. Samper no ignora la violencia que conllevan estos derechos que se autoproclaman universales, porque presentan el derecho europeo como "despótico", y proporciona como ejemplos las recientes intervenciones europeas en Centroamérica, México (el imperio napoleónico) y Santo Domingo. No obstante, para Samper es claro que el mayor gesto de civilización —la construcción de un sistema autónomo de derecho internacional— se acompaña de actos bárbaros. Ve como única solución crear "nuestro propio derecho público mediante dos caminos: a) el estudio histórico y de la compilación minuciosa de los actos internacionales que nos interesan directamente; b) la celebración de tratados, de manera separada o en una asamblea general, que unificarán los principios de nuestra política común o americana con respecto a nuestra nacionalidad continental"[58].

55 Samper, "Derecho público latinoamericano", p. 350.

56 *Ibídem*, p. 352.

57 "La omnipotencia del derecho público de Europa, que pesa sobre nuestras repúblicas, las despotiza y las humilla, produciendo el extraño contrasentido de la existencia de dieciséis repúblicas en un continente, gobernadas de hecho por los principios, las prácticas, los abusos y las iniquidades que han sancionado los gobiernos monárquicos y despóticos de Europa". Samper, *ibídem,* p. 355.

58 Samper, "Derecho público latinoamericano", p. 355.

Samper consideraba que la tarea era esencial para el progreso material y moral en los países de la América española. Para justificarla, el discurso de Samper naturaliza los problemas estructurales y la peculiaridad social, y de ello resulta una visión de la región y la nación por omisión (carencia). Le asigna a continuación a la élite política el papel de remediar esa necesidad a través del gobierno, las leyes y la fuerza, y el principal beneficiario de ello sería la nación[59].

Volviendo a la reseña de Calvo, Samper sólo tuvo elogios para la tarea del argentino, puesto que la consideraba el primer paso dirigido a la construcción de un derecho internacional propio de la región:

> Hemos puesto la primera piedra en su lugar; el monumento será grandioso, y su arquitecto el hijo notable de la ilustre Buenos Aires (la Nueva York de Sudamérica), un americano que es digno de su patria y de su carrera diplomática, el Sr. Carlos Calvo […] el ministro de Paraguay, que construirá en París, ante el rostro de la Europa que nos ha oprimido con sus tradiciones, el momento luminoso, en el que se muestra la historia internacional de América Latina […] El día que el Sr. Calvo haya acabado su monumento americano, podremos decir que lo que Martens, De Garden y otros publicistas hicieron para Europa habrá sido hecho por el hijo laborioso de la liberal y opulenta Buenos Aires para el derecho público de América Latina […] No olvidemos que la mejor prueba que una nación o una raza pueden dar de su vitalidad y carácter es justo la autonomía y la dignidad de su derecho [internacional] público.

Los ejemplos de Bilbao, Torres-Caicedo y Samper se presentan aquí para ilustrar algunos de los aspectos de la inserción de las élites criollas

59 Para Samper, los efectos violentos del proyecto político y jurídico sobre los sujetos sociales periféricos no son importantes de acuerdo con el deseo más general de civilización. Para dar un ejemplo concreto, Samper, como Bello y otros muchos criollos del siglo XIX, estaban seguros de que la protección que se concedió a las tierras indígenas durante el periodo colonial (los resguardos) había paralizado e inmovilizado el cultivo de la tierra y la creación de propietarios individuales de la tierra, e impedido, por lo tanto, el avance de la civilización. Samper destaca que la excesiva protección y el aislamiento de los pueblos indígenas durante la era colonial suponía condenarlos a tres cosas terribles: a) "la incapacidad de ser obreros [...] o cualquier cosa diferente al trabajo agrícola [...] a mantenerles apartados del contagio de la civilización y del movimiento de la vida social"; b) "ser trabajadores agrícolas malísimos, rudimentarios y casi igual de ignorantes e imbéciles que los brutos"; c) y, por último, "la dificultad para ellos de mezclarse con las otras dos razas", lo cual dejaba a las nuevas naciones con "masas inmensas de personas estúpidas y separadas de la nueva sociedad". Samper, *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas (hispanoamericanas) con un apéndice sobre la geografía y población de la Confederación Granadina,* p. 63.

en las teorías de la época. Aunque mantuvieron su conciencia criolla con respecto a la región, como Bello, también incorporaron la nueva tendencia hacia la sociología, la historia nacional y la cultura para crear nuevas formas discursivas con las que presentar su autonomía. Ellos, como muchos europeos de su época, tenían la convicción de que la reforma internacional podría derivarse de las ideas acerca de la sociedad, la historia, la naturaleza humana y el desarrollo de leyes de una modernidad internacional e institucional. Como los europeos, también eran críticos de la soberanía, pero esa crítica la dirigían hacia los europeos, y apoyaban el imperialismo, pero sólo hacia adentro de sus fronteras. Es decir, proponían que se rechazasen las intervenciones europeas y estadounidenses en América Latina, pero, al mismo tiempo, con el discurso civilizador, justificaban la apropiación de tierras indígenas en sus propios países o la de los europeos en África a finales del siglo XIX.

La primera mitad del siglo XX: de latinoamericanos a panamericanos con Alejandro Álvarez y la promoción del derecho internacional (latino)americano

Un siglo después del intento fallido del Congreso de Panamá y de las múltiples propuestas, proyectos y congresos que buscaban la integración política y jurídica durante el siglo XIX, el abogado chileno Alejandro Álvarez comenzó a promover el reconocimiento de un DILA[60]. La adherencia (y también oposición) al proyecto de Álvarez fue inmediata. Un grupo de abogados justificaron un derecho internacional definido en términos regionales americanos como lo hizo Álvarez por primera vez en 1905[61]. Otros, como el brasilero Manóel Álvaro de Souza Sá Vianna, se opusieron a un proyecto regional argumentando que los problemas comunes o la experiencia histórica compartida por un grupo de países *no* constituían la base suficiente

60 Alejandro Álvarez, "Origen y desarrollo del derecho internacional americano", en *Tercer Congreso Científico Latino Americano*, Rio de Janeiro, 1905; Alejandro Álvarez, "Le Droit International Américain, son origine et son évolution", en *XIV Revue Générale de Droit International Public,* 1907; Alejandro Álvarez, *American Problems in International Law,* Nueva York, Baker, 1909; Alejandro Álvarez, *Le droit international américain: son fondement, sa nature: d'après l'histoire diplomatique des états du nouveau monde et leur vie politique et économique,* París, A. Pedone, 1910.

61 El ensayo se modificó luego y se publicó como artículo: A. Álvarez, "Le Droit International Américain, son origine et son évolution", *XIV RGDIP 393,* 1907. En la edición revisada aumentó el ámbito geográfico para incluir a los Estados Unidos y cambió el título "América Latina" por "americano" (como referencia a todo el continente).

para una esfera autónoma o separada del derecho internacional, porque el derecho internacional se basaba en principios, leyes y normas observadas por la sociedad internacional.

Durante medio siglo, Álvarez siguió defendiendo la necesidad de reconocer una versión regional del derecho internacional en relación con Europa y Estados Unidos. En 1909, Álvarez publicó los artículos "American Problems in International Law" y "Latin America and International Law" en la revista *American Journal of International Law* y al año siguiente el libro *Le droit international américain: son fondement, sa nature: d'après l'histoire diplomatique des états du nouveau monde et leur vie politique et économique*, que presentó en la Cuarta Conferencia Panamericana celebrada en Buenos Aires. Antes de la Primera Guerra Mundial publicó un libro sobre la doctrina Monroe y su impacto en las naciones americanas. Durante la Primera Guerra Mundial publicó *Le droit international de l'avenir* (El derecho internacional del futuro), un libro en el que se proponía renovar un derecho internacional fracasado, respaldado por la fuerza moral de una perspectiva latinoamericana. Durante el periodo de entreguerras, Álvarez publicó varios ensayos y artículos sobre la necesidad americana de codificar el derecho internacional. De 1916 a 1918 habló en cerca de treinta universidades estadounidenses (entre ellas, Harvard), con el fin de promover la unificación de lo que llamó las escuelas angloamericanas y latinoamericanas del derecho internacional en una única escuela panamericana. En América Latina promovió su teoría en congresos científicos y logró impulsar una moción en el Primer Congreso Científico Panamericano, por la cual todas las discusiones en las ciencias (incluyendo la ciencia política y la ciencia jurídica) se conducirían desde "un punto de vista americano".

En uno de sus textos más representativos, dirigido a un público estadounidense, usó tres argumentos para identificar la unidad jurídica latinoamericana: 1) las diferencias marcadas entre las naciones americanas y Europa; 2) la noción de una patria regional, que excluía a los Estados Unidos, pero que tenía sus orígenes civilizadores en Europa; y 3) la afirmación de que las naciones latinoamericanas estaban civilizadas, y, en algunos casos, más civilizadas que sus contrapartes europeas[62].

62 A. Álvarez, "International Law and Related Subjects from the Point of View of the American Continent: a Report on Lectures Delivered in the Universities of the United States, 1916–1918, Under the Auspices of the Carnegie Endowment for International Peace, Including a Comparative Study of the Universities of Latin America and the United States", en *Pamphlet, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law*, 1922, p. vii.

Sobre el primer punto, Álvarez señaló diferencias generales como históricas y fundacionales: el continente americano, por razones de su situación geográfica y la manera en la cual se construyeron sus naciones, se ha desarrollado en condiciones constitucionales, administrativas, económicas y sociales diferentes a las de Europa. Así, según Álvarez, el Nuevo Mundo tenía un punto de vista diferente y unos problemas *sui generis* desconocidos en el Viejo Mundo[63]. Para Álvarez, estas características americanas se presentaban también en otras disciplinas, como la ciencia política, la filosofía y la literatura. Por lo tanto, señalaba que no sólo existían instituciones, problemas y teorías americanas en su carácter, sino que también había una mentalidad americana y latina[64].

En lo que se refiere al derecho, Álvarez señalaba que los principales conceptos de libertad y de soberanía se comprendían de manera diferente en los dos continentes[65]. Los europeos no tenían una concepción de solidaridad continental porque no provienen todos de un mismo origen, ni se han desarrollado siguiendo las mismas líneas, ni tienen la misma cultura o los mismos problemas. Álvarez argumentaba que en América Latina la solidaridad provenía de un origen común pues los países se habían ayudado mutuamente para alcanzar su independencia y habían sufrido las mismas influencias morales, geográficas y materiales, y tenían las mismas necesidades y problemas[66]. Además, señalaba que mientras que Estados Unidos "ha recibido la impresión del modelo inglés de pensamiento, el intelecto latinoamericano ha sufrido la influencia de Europa, especialmente de Francia" lo cual produce un "alma latinoamericana" menos altruista, pero con mayor veneración por las letras y las artes, más idealista, imaginativa y cosmopolita que la angloamericana[67]. El latino tiene, en lo que se refiere a las instituciones, "un espíritu de solidaridad" que ayuda a olvidar "las peleas y las guerras que desafortunadamente han tenido lugar entre ellos"[68]. Las naciones americanas en general, incluyendo a los Estados Unidos, tienen un "espíritu liberal y democrático" que se basa en la igualdad y el sufragio universal, mientras que Europa representa los conceptos "inestables y peligrosos" del "individualismo, el equilibrio de poder, las alianzas y la paz armada"[69]. Es evidente, para nosotros, que esta visión era la de una élite que

63 *Ibídem*, p. 25.
64 *Ibídem*, p. 30.
65 *Ibídem.*
66 *Ibídem.*
67 *Ibídem*, p. 79.
68 *Ibídem*, p. 28.
69 *Ibídem*, p. 14.

quería desconocer la diversidad mayoritaria del continente y las condiciones violentas en que se había forjado ese origen "común". Pero, para Álvarez, éstos eran los elementos unificadores que continuó promoviendo aún después de la Segunda Guerra Mundial, cuando a través de sus salvamentos de voto como juez de la nueva Corte Internacional de Justicia quiso que el continente americano se pusiera al frente de un entorno internacional que había cambiado radicalmente.

Álvarez, como otros de la tradición criolla, reconoció las desigualdades de poder en la vida internacional, pero no le gustaba presentar a los Estados americanos como retrógrados, y prefería señalarlos como más adelantados que los europeos durante los momentos críticos de las dos guerras mundiales. Sin embargo, a pesar de su discurso sobre lo "social", la actitud de Álvarez hacia el colonialismo internacional fue tan ambigua como la de sus colegas europeos, al tiempo que favoreció la recolonización de las tierras indígenas y la inmigración europea en América Latina con el fin de completar la civilización mediante la eliminación de los vestigios de la "barbarie" que se encontraban en la región. Álvarez afirmó en alguna ocasión que la "diversidad es peligrosa". Por otro lado, las dos guerras mundiales le permitieron darle la vuelta a la dicotomía civilización-barbarie y afirmar la autoridad moral de sus propuestas americanas y latinoamericanas. Por ello, aunque se le refutó, y se le vio con escepticismo, también se le aceptó sin reparos, se le citó, se referenció, se le concedieron honores e incluso fue glorificado por muchos de sus colegas en Europa.

La segunda mitad del siglo XX: olvido y caída del derecho internacional latinoamericano, surgimiento de la OEA, el sistema interamericano de derechos humanos y sistemas regionales de integración económica

Con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 (entre otras numerosas organizaciones internacionales que surgieron en la segunda mitad del siglo XX), la fragmentación del derecho internacional en áreas especializadas para resolver problemáticas específicas, la muerte de Álvarez en 1960 y la creciente bipolarización mundial, la promoción, uso y creencia en un "derecho internacional latinoamericano" cayó en el desuso y el olvido.

El enfoque unificador fue más económico después del surgimiento de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948, y organizaciones

como la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, el Mercado Común Centroamericano (1960), la Comunidad Andina de Naciones (CAN, 1969), el Acuerdo de Cartagena (1980) y Mercosur (1985). También hubo más interés por parte de los latinoamericanos en aspectos como el derecho del mar en los años ochenta, los derechos humanos y el derecho ambiental en los noventa, pero sin los reclamos regionalistas de la primera mitad del siglo.

Conclusión: a comienzos del siglo xxi ¿retoma fuerza el derecho internacional en América Latina?

En la larga historia de reflexión acerca de la diferencia, los americanos han pensado la identidad desde el excepcionalismo como respuesta frente a la dominación externa[70]. La construcción y reconstrucción continua de identidades ha permitido toda clase de proyectos (económicos, educativos, culturales, artísticos) de las más variadas tendencias políticas y sociales, no necesariamente coherentes entre sí, ni siempre exitosos. Pero desde esta forma de identidad excepcionalista, el intelectual latinoamericano continúa deseando la inclusión en el discurso eurocéntrico (o, más recientemente, el estadounidense), porque su ambición es participar en la construcción o la deconstrucción del conocimiento que se considera universal, aunque éste sea de manera interdependiente[71].

Los pensadores del derecho en la región no están exentos de querer ser reconocidos como partícipes excepcionales y agudos contribuyentes a un proyecto jurídico internacional. Vimos cómo, desde el siglo xix, ha habido múltiples proyectos, instituciones y estudios que intentan definir un derecho internacional regional a través de una identidad histórica o lo que he llamado una "conciencia jurídica criolla", cuya creencia permite pensar que la cooperación jurídica es posible a través de tratados, acuerdos diplomáticos y principios normativos. Sin embargo, la forma como se ha definido esa identidad es compleja y distinta en cada época y casi siempre deriva de un reordenamiento geopolítico de acuerdo con el contexto mundial y regional.

70 Enrique Dussel, "Philosophy in Latin America in the Twentieth Century: Problems and Currents", Eduardo Mendieta (ed.), en *Latin American Philosophy Currents, Issues, Debates,* Bloomington, Indiana University Press, 2003, p. 15.

71 Joshua Lund, "Barbarian Theorizing and the Limits of Latin American Exceptionalism", en *Cultural Critique* 47, 2001, p. 76.

La historia de la unión latinoamericana a través de un sistema jurídico de tratados e instituciones ha sido narrada como un proceso de evolución del Congreso de Panamá de 1826 al más reciente intento de cooperación. La forma de hacerlo ha sido a través de una construcción identitaria basada en lo que es ser "americano" o "latinoamericano" o "panamericano" en contrapeso al poder económico y político dominante del momento o en relación a su crisis.

Esta unidad basada en la identidad también ha sido el argumento para una noción de un derecho internacional particular a la región y de sistemas regionales de integración. El más reciente esfuerzo de integración latinoamericana, la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac), es ilustrativa de la fuerza y continuidad del discurso latinoamericanista, pero adaptado a las circunstancias regionales y mundiales del momento. En diciembre del 2011, se reunieron treinta y tres jefes de Estado del continente. En esta ocasión, la gama de representatividad de lo "latinoamericano" era muy disímil de lo que se hubiera imaginado un promotor del siglo XIX: los jefes de Estado de dos de los países más poderosos de la región (Brasil y Argentina) eran mujeres; algunos Estados estaban representados por líderes que proclaman su descendencia indígena y/o son políticamente de izquierda (Bolivia, Venezuela, Ecuador, Nicaragua, Cuba), se excluyó intencionalmente la participación de Estados Unidos y de Canadá, y se reconoció el aporte de Haití a la independencia. La Declaración de Caracas, el texto constituyente de la Celac, comienza recordando la inspiración en "el Congreso Anfictiónico de Panamá de 1826, acto fundamental de la doctrina de la unidad latinoamericana y caribeña, en el que nuestras jóvenes naciones, soberanas plantearon la discusión de los destinos de la paz, el desarrollo y la transformación social del continente". El texto propone a la Celac como consecuencia de un camino de progreso "trazado por los libertadores de América Latina y el Caribe hace más de doscientos años" e "iniciado de manera efectiva con la independencia de Haití en 1804" y recordando la ayuda prestada por el presidente Alexandre Petión a Simón Bolívar. El documento fundacional destaca, además, la "participación de los pueblos indígenas y afro descendientes en las luchas independentistas" y reconoce "sus aportes morales, políticos, económicos, espirituales y culturales en la conformación de nuestras identidades y en la construcción de nuestras naciones y procesos democráticos".

La Celac propone el origen de la unión precisamente en lo contrario a lo pensado por Bolívar: "[...] reconoce la diversidad en los procesos de formación de la identidad latinoamericana y caribeña; el carácter multicultural y plurinacional de los pueblos latinoamericanos y caribeños; las

diferencias geográficas como factor de riqueza y el derecho de cada nación de construir su propio sistema político y económico". La Celac propone convertirse "en un espacio que reivindique el derecho a la existencia, preservación y convivencia de todas las culturas, razas y etnias que habitan en los países de la región, así como el carácter multicultural de nuestros pueblos, y plurinacional de algunos de nuestros países, en especial de las comunidades originarias que promueven y recrean la memoria histórica, los saberes y los conocimientos ancestrales".

La Celac reconoce también el derecho de cada nación de "construir en paz y libremente su propio sistema político y económico" y repite algunos principios latinoamericanos como "la solución pacífica de controversias, la prohibición del uso y de la amenaza del uso de la fuerza, el respeto a la autodeterminación, el respeto a la soberanía, el respeto a la integridad territorial, la no injerencia en los asuntos internos de cada país, y la protección y promoción de los derechos humanos y de la democracia".

Los acuerdos de la Celac no significan que la región haya llegado a la utopía del desarrollo del derecho internacional, pues la solidaridad termina cuando se tocan ciertos temas económicos o políticos (como la relación con Cuba o con Estados Unidos, o los tratados de libre comercio). Las naciones de la región representan la mayor disparidad en la distribución de riqueza en el mundo, y los problemas de discriminación por género, raza o etnia aún abundan. Quizás, entonces, la mejor forma de pensar la relación del derecho internacional en la región no es promoviendo su esencialidad, ni su excepcionalismo, sino más bien mirando qué iniciativas corresponden a su uso como una herramienta privilegiada. Algunas iniciativas académicas recientes buscan una reflexión crítica del pasado en lugar de la tradicional admiración por él y otras evalúan el presente con miradas críticas pero optimistas sobre las posibilidades que ofrece el derecho internacional para retar problemas comunes a la región en el presente[72]. ¿Es ésta una nueva forma

72 Arnulf Becker Lorca, "International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination", Arnulf Becker Lorca, "Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation", en *Harvard Journal of International Law* 51.2, 2010; Jorge Esquirol, "Can International Law Help? An Analysis of the Colombian Peace Process", en *Conn. J. Int'l L.* 16.23, 2000; Jorge L. Esquirol, "Excessive Legalism, Lawlessness and Other Stories About Latin American Law", en *SJD Dissertation,* Harvard Law School, 2001; Jorge L. Esquirol, "Writing the Law of Latin America", en *The George Washington International Law Review* 40.3, 2008; Jorge Esquirol, "Latinoamérica", en Anne Peters y Bardo Fassbender (eds.), *Oxford Handbook on the History of Public International Law*, Londres, Oxford University Press, 2012; Óscar Guardiola-Rivera, *What if Latin America Ruled the World?: How the South Will Take the North through the 21st Century,* primera edición en Estados Unidos, Nueva

de pensar el derecho internacional latinoamericano, más de lo mismo, o una visión (o visiones) totalmente nueva (s)?

Bibliografía

Alejandro Álvarez, "Le droit international Américain, son origine et son évolution", en *Revue Générale de Droit International Public* XIV, 1907.

__ *Le Droit International Américain: son fondement, sa nature: d'apres l'histoire diplomatique des états du nouveau monde et leur vie politique et économique*, París, A. Pedone, 1910.

Alejandro Bolaños Geyer, *William Walker: The Gray-Eyed Man of Destiny*, Lake Saint Louis, Mo., 1988.

Amancio Alcorta, "La ciencia del derecho internacional. A propósito de la obra de Calvo", en *Nueva Revista* VII, 1883.

Anthony D. Phillips, *Haiti's Independence Debt and Prospects for Restitution*, 2009.

Antonio de la Peña y Reyes, *El Congreso de Panamá y algunos otros proyectos de unión hispano-americana*, México, Publicaciones de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 1926.

Antonio José Rivadeneira Vargas, *El bogotano J.M. Torres-Caicedo (1830-1889): La multipatria latinoamericana*, Colección Lecturas de Bogotá, 3, Bogotá, Academia Colombiana de Historia, Alcaldía Mayor de Bogotá, 1989.

Arnulf Becker Lorca, "International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination", en *Harvard International Law Journal* 47 1, 2006.

__ "Mestizo International Law", en *SJD Dissertation,* Harvard University, 2006.

__ "Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation", en *Harvard Journal of International Law* 51 2, 2010.

York, Bloomsbury Press, 2010; César Rodríguez Garavito (ed.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI,* Bogotá, Siglo XXI Editores, 2011; Liliana Obregón, "Latin American International Law", en J. D. Armstrong y Jutta Brunée (eds.), *Routledge Handbook of International Law, Routledge International Handbooks,* Londres, Nueva York, Routledge, 2009; Liliana Obregón, "Completing Civilization: Creole Consciousness and International Law in Nineteenth-Century Latin America", en Anne Orford (ed.), *International Law and Its Others,* Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2006; Liliana Obregón, "The Colluding Worlds of the Lawyer, the Scholar and the Policymaker: A View of International Law from Latin America", en *Wisconsin International Law Journal: Proceedings of the [...] Symposium Wisconsin International Law Journal* 23.1, 2005.

Bernard Lavalle, *Las promesas ambiguas: ensayos sobre el criollismo colonial en los Andes*, Lima, Pontificia Universidad Católica, 1993.

Carlos Calvo, *Colección completa de los tratados, convenciones, capitulaciones, armisticios y otros actos diplomáticos: De todos los Estados de la América Latina: Comprendidos entre El Golfo de Méjico y El Cabo de Hornos: Desde el año de 1493 hasta nuestros días precedidos de una memoria sobre el estado actual de la América, de cuadros estadísticos, de un diccionario diplomático y de una noticia histórica sobre cada uno de los tratados más importantes*, París, A. Durand, 1862.

__ "Polèmica Calvo-Alcorta", *Nueva Revista de Buenos Aires* 8, 1883.

César Rodríguez Garavito (ed.), *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Bogotá, Siglo XXI Editores, 2011.

Cristina Rojas, *Civilization and Violence: Regimes of Representation in Nineteenth Century Colombia*, Borderlines, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2001.

Congress of the United States, "Documents Relative to the Panama Mission", en *Register of the Debates in Congress of the Second Session of the Twentieth Congress*, Washington Gales & Seaton's Register, 1830, Vol. v.

Darcy Ribeiro, *Las Américas y la civilización: proceso de formación y causas del desarrollo desigual de los pueblos americanos*, tercera edición revisada y actualizada por el autor, México D.F., Editorial Extemporáneos, 1977.

David Bushnell, *Simón Bolívar: Hombre de Caracas, Proyecto de América: Una biografía*, Colección Historias Americanas, primera edición, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2002.

Domingo Faustino Sarmiento, *Civilización y barbarie, vida de Juan Facundo Quiroga. Y aspecto físico, costumbres y hábitos de la República Argentina*, Santiago, Impr. del Progreso, 1845.

Duncan Kennedy, "Toward a Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America 1850-1940", en *Research in Law and Sociology* 3, 1980.

Edgar Vieira Posada, *La integración de América Latina: del Congreso Anfictiónico de Panamá en 1826 a una comunidad latinoamericana o sudamericana de naciones en el año 2010*, Colección Biblioteca del Profesional, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2004.

Eduardo Ricardo Pérez Calvo y Lucio Ricardo Pérez Calvo, *Vida y trabajos de Carlos Calvo; Los Calvo en el Río de La Plata*, Buenos Aires, Ediciones Dunken, 1996.

Elizabeth Anne Kuznesof, "Ethnic and Gender Influences on 'Spanish' Creole Society in Colonial Spanish America", en *Colonial Latin American Review* 4 1, 1995.

Enrique Dussel, "Philosophy in Latin America in the Twentieth Century: Problems and Currents", en *Latin American Philosophy Currents, Issues, Debates*, Ed. Mendieta, Eduardo Bloomington, Indiana University Press, 2003.

Francisco Bilbao, "Idea de un Congreso Federal de las Repúblicas", en *Colección de ensayos y documentos relativos a la Unión y Confederación de los pueblos hispanoamericanos publicada a expensas de la "Sociedad de la Unión Americana de Chile"*, Santiago de Chile, Impr. Chilena, 1862, Vol. 1.

Frédéric Marcelin, *Haïti Et L'indemnité Française*, París, Impr. de Kugelmann, 1897, Collection Du Bicentenaire, Haiti: [s.n.], 2004.

Germán A. de la Reza, "El Congreso Anfictiónico de Panamá. Una hipótesis complementaria sobre el fracaso del primer ensayo de integración latinoamericana", en *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* 5 10, 2003.

__ *El Congreso de Panamá de 1826 y otros ensayos de integración latinoamericana en el siglo XIX: Estudio y fuentes documentales anotadas*, México D.F, Ediciones y Gráficos EÓN, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, 2006.

__ "Simón Bolívar: Un pensamiento sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá, Lima, febrero 1826", en *Documentos sobre el Congreso Anfictiónico de Panamá*, primera edición, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, Banco Central de Venezuela, 2010.

H.B. Jacobini, *A Study of the Philosophy of International Law as Seen in the Works of Latin American Writers*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1954.

Héctor Fix Zamudio, "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoaméricanos", en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, 1988.

Immanuel Kant, "Idea for a Universal History from a Cosmopolitan Perspective", en *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History*, Pauline Kleingeld, Jeremy Waldron, Michael W. Doyle y Allen W. Wood (eds.), New Haven, Yale University Press, 2006.

Ivan Jaksic, *Andrés Bello: la pasión por el orden*, Imagen de Chile, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2001.

Ivonne González Niño, *Simón Bolívar, precursor del derecho internacional americano*, Pensamiento Latinoamericano, Bogotá, Instituto Colombiano de Estudios Latinoamericanos y del Caribe, 1985, Vol. 3.

Jan Schoonhoven y Casper Tymen De Jong, "The Dutch Observer at the Congress of Panama in 1826", en *The Hispanic American Historical Review* 36 1, 1956.

Jeffrey J. Malanson, "The Congressional Debate over U.S. Participation in the Congress of Panama, 1825–1826: Washington's Farewell Address, Monroe's Doctrine, and the Fundamental Principles of U.S. Foreign Policy", en *Diplomatic History* 30 5, 2006.

Jesús María Yepes, *Alejandro Álvarez, créateur du droit international Américain. La notion de l'universalité du droit des gens en rapport avec les conceptions internationales Américaines*, París, Les éditions internationales, 1938.

__ *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954: El genio de Bolívar a través de la historia de las relaciones interamericanas*, Caracas, Cromotip, 1955.

John L. Phelan, *El origen de la idea de América*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

John M. Raymond y Barbara J. Frischholz, "Lawyers Who Established International Law in the United States,1776-1914", en 76 *A.J.I.L.* 802, 1982.

Jonathan Elliot (ed.), *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution, as Recommended by the General Convention at Philadelphia, in 1787. Together with the Journal of the Federal Convention, Luther Martin's Letter, Yate's Minute, Congressional Opinions, and Others,* Washington, 1836, Vol. IV.

Jorge Esquirol, "Can International Law Help? An Analysis of the Colombian Peace Process", en *Conn. J. Int'l L.* 16 23, 2000.

__ "Latin America", en *Oxford Handbook on the History of Public International Law*, Anne Peters y Bardo Fassbender (eds.), Londres, Oxford University Press, 2012.

__ "Excessive Legalism, Lawlessness and Other Stories About Latin American Law", en *SJD Dissertation,* Harvard Law School, 2001.

__ "Writing the Law of Latin America", en *The George Washington International Law Review* 40 3, 2008.

José Antonio Mazzotti (ed.), *Agencias criollas: la ambigüedad "Colonial" en las letras hispanoamericanas,* Pittsburgh, Instituto Internacional de Literatura Iberoamericana, 2000.

José María Samper, "Derecho Público Latino-Americano", en *Miscelánea o colección de artículos escogidos de costumbres, bibliografía, variedades y necrología*, periódico *El Comercio* de Lima, 1862; París, Impr. de Eug. Vanderhaeghen, 1869.

__ *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas (hispanoamericanas). Con un apéndice sobre la geografía y población de la Confederación Granadina*, París, Impr. de E. Thunot y Ca, 1861.

Joshua Lund, "Barbarian Theorizing and the Limits of Latin American Exceptionalism", en *Cultural Critique* 47, 2001.

Juan Armada Figueroa y Losada Marqués de B., *Civilización hispano-americana su carácter, sus perspectivas*, Madrid, Unión Ibero-Americana, 1927.

Juan R. Goberna Falque, *Civilización: historia de una idea*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1999.

Liliana Obregón, "The Civilized and the Uncivilized in the History of International Law", en *Oxford Handbook on the History of Public International Law*, Bardo Fassbender y Anne Peters (eds.), Londres, Oxford University Press, 2012.

__ "The Colluding Worlds of the Lawyer, the Scholar and the Policymaker: A View of International Law from Latin America", en *Wisconsin International*

Law Journal: Proceedings of the [...] Symposium Wisconsin International Law Journal 23 1, 2005.

__ "Completing Civilization: Creole Consciousness and International Law in Nineteenth-Century Latin America", en *International Law and its Others*, Anne Orford (ed.), Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

__ "Latin American International Law", en *Routledge Handbook of International Law,* J.D. Armstrong y Jutta Brunée (eds.), *Routledge International Handbooks,* Londres, Nueva York, Routledge, 2009.

__ "Construyendo la Región Americana: Andrés Bello y el derecho internacional", en *Andrés Bello y los estudios latinoamericanos*, Beatriz González Stephan y Juan Poblete (eds.), Pittsburgh, Instituto Internacional de Literatura Iberoamericana, 2009.

Manoel Álvaro de Souza Sá Vianna, "De la non existence d'un droit international Americain", dissertation presentée au Congres Scientifique Latino-Américain (Premier Pan-Américain), Rio de Janeiro, L. Figueredo, 1912.

Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge UK, Cambridge University Press, 2001.

Mauricio Mackenzie, *Los ideales de Bolívar en el derecho internacional americano*, Biblioteca del Ministerio de Gobierno, Colección Bolivariana, 1, Bogotá, [s.n.], 1955.

Michel Chevalier, "Sobre el progreso y porvenir de la civilización", en *Revista Española de Ambos Mundos,* 1853.

Noel Bertram Gerson, *Sad Swashbuckler: The Life of William Walker*, Nashville, T. Nelson, 1976.

Óscar Guardiola-Rivera, *What If Latin America Ruled the World?: How the South Will Take the North through the 21st Century*, primera edición en Estados Unidos, Nueva York, Bloomsbury Press, 2010.

Pauline Kleingeld, *et al.* (eds.), New Haven, Yale University Press, 2006.

Roy Harvey Pearce, *The Savages of America; a Study of the Indian and the Idea of Civilization*, edición revisada, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1965.

Several, "Special Issue: Alejandro Álvarez (Periphery Series)", en *Leiden Journal of International Law* 9 4, 2006.

Simón Bolívar, "Decreto sobre libertad de los esclavos - Carúpano, 2 de junio de 1816", en *Bolívar, Simón. Proclamas y discursos del Libertador, 1811-1830,* Ed. Lecuna, Vicente, Biblioteca de Autores y Temas Mirandinos, 1983.

__ "Latin-American Correspondence Author(s): Simón Bolívar and Alexandre Sabes Petion", Phylon (1940-1956) 7 2 (1946).

__ *Colección de documentos relativos a la vida pública del Libertador de Colombia y del Perú para servir a la historia de la Independencia de Suramérica,* Caracas, Impr. de Devisme Hermanos, Tomo Tercero, 1826, Vol. 3.

__ "Contestación de un Americano Meridional (es el General Bolívar) a un Caballero de esta Isla (Jamaica)", en *Colección de documentos relativos a la vida pública del Libertador de Colombia y del Perú para servir a la historia de la Independencia de Suramérica,* Caracas, Impr. de G.F. Devisme, Tomo Vigésimo Primero, 1830, Vol. 21.

Simón B. Planas Suárez, *La doctrina de Monroe y la doctrina de Bolívar: los grandes principios de la política internacional americana*, Habana, El Siglo xx, 1924.

The American Whig Review, VIII New Series, 1851.

Torres-Caicedo, José María, *Unión latinoamericana, pensamiento de Bolívar para formar una Liga Americana. Su origen y sus desarrollos y estudio sobre la gran cuestión que tanto interesa a los Estados débiles, a saber: un gobierno legítimo es responsable por los daños y perjuicios ocasionados a los extranjeros por las facciones?,* París, Rosa y Bouret, 1865.

Víctor M. Uribe Urán, *Honorable Lives: Lawyers, Family, and Politics in Colombia 1789-1850*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.

William Jay, "A View of the Action of the Federal Government in Behalf of Slavery", Nueva York, Anti-Slavery Society, 1839.

William R. Manning (ed.), *Henry Clay, Secretary of State, to Richard C. Anderson, United States Minister to Colombia Document 145*, Nueva York, Oxford University Press, 1925, Vol. 1 de 3 Vols.

CAPÍTULO 3

La noción de "sociedad" en el derecho internacional

Ricardo Alarcón, Guillermo Otálora y Sebastián Machado

Introducción

El derecho internacional surge de una idea acerca de una sociedad internacional. La pregunta que se aborda en este capítulo es ¿en qué consiste esa sociedad internacional? Más que respuestas se ofrecerá una narrativa de distintas concepciones acerca de la sociedad internacional.

Es un lugar común en ciertos sectores de la doctrina afirmar que, según una concepción tradicional, la sociedad internacional es la que se compone de los Estados, desde que se firmó la Paz de Westfalia en 1648, y que sólo hasta ahora, con nuevos desarrollos en el derecho internacional y en la globalización, se comienzan a debilitar los fundamentos de la soberanía y el rol predominante del Estado. Esa narrativa no es acertada. No siempre primó ni ha primado la idea de una sociedad internacional compuesta exclusivamente por Estados, quienes ante el derecho internacional son sujetos con igualdad de soberanías. Por el contrario, este punto ha sido objeto de debate a lo largo de la historia. A continuación se ilustrarán algunas de las discusiones teóricas al respeto.

Más adelante se expondrá, en primer lugar, un recuento histórico de los primeros pensadores que sostuvieron la idea de una sociedad internacional. En esa sección se demuestra que la filosofía jurídica tuvo una serie de concepciones sobre la sociedad internacional que no incluían una sociedad compuesta exclusivamente por Estados soberanos, lo cual se mantuvo hasta Emmerich de Vattel. En muchos filósofos puede observarse un proyecto universalista y cosmopolita que fue oscurecido por el surgimiento de la idea moderna de la soberanía, que terminó acabando con la concepción de una

sociedad internacional que no giraba en torno a los Estados, sino indistintamente en torno a las personas y comunidades de personas. En segundo lugar, se contraponen corrientes teóricas en la actualidad a partir de algunos ejemplos de doctrina contemporánea sobre el derecho internacional, identificando sus principales características.

Finalmente, se explicarán las consecuencias prácticas que tienen las divergencias teóricas acerca de la sociedad internacional en las doctrinas vigentes sobre obligaciones y sujetos en el derecho internacional.

Visiones sobre la sociedad internacional

Visiones de la sociedad internacional en la historia del derecho internacional

La historia del derecho internacional empieza por la filosofía política de las épocas del descubrimiento del Nuevo Mundo. La noción moderna de la sociedad internacional puede rastrearse en discusiones de la filosofía del siglo XVI, empezando por la escolástica tardía y el humanismo europeo, cuyos temas principales marcarían la pauta de la filosofía del derecho internacional hasta Emmerich de Vattel en el siglo XIX. Como se verá, la idea de una sociedad internacional es previa a Grocio, el llamado "padre del derecho internacional", y continúa después de Grocio. Tal como lo sostiene Brian Tierney[1], Grocio tiene más continuidades con el proyecto filosófico de la escolástica tardía que discontinuidades. La idea común a la escolástica tardía comenzó a morir con Emmerich de Vattel en el siglo XIX, cuya obra dio lugar a gran parte del pensamiento jurídico que hoy consideramos "tradicional".

El principio de esta historia está en la obra de los españoles Francisco de Vitoria (1492-1546) y Francisco Suárez (1548-1617). Los escritos más famosos de Vitoria, el *Relectio de Indis* y el *Relectio de bello*, tratan la problemática de los indígenas y sus derechos en el Nuevo Mundo. En la interacción entre europeos e indígenas surgieron algunos de las primeros interrogantes sobre la posibilidad de una sociedad internacional; una sociedad con el otro más allá del mundo cristiano. Junto con esas importantes obras, algunos elementos de la obra *De Potestate Civili* (Sobre el poder

1 Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights*, Michigan, Eerdmans Publishing Co., 2001, p. 319.

civil), y sus comentarios a la *Suma Teológica*[2], dan contexto al pensamiento de Vitoria sobre el derecho internacional.

La postura de Vitoria frente a los Estados es esencialmente aristotélica, en la cual sostiene que "una comunidad perfecta es aquella que es completa en sí misma, esto es, que no hace parte de otra mancomunidad, sino que tiene sus propias leyes, su propia población independiente y su propia magistratura"[3]. No obstante, para Vitoria, todas las *comunidades perfectas* hacen parte de una sociedad internacional formada por toda la humanidad, en la cual "el derecho internacional no tiene sólo la fuerza del pacto y acuerdo entre hombres, sino la fuerza del derecho; pues el mundo en su totalidad, siendo de una manera una única república, tiene el poder de crear derecho que sea justo y conveniente para todos, como es el derecho internacional"[4].

Vitoria encontraba una dualidad en las fuentes del derecho internacional. Las normas que regían las relaciones de la sociedad internacional cobraban fuerza vinculante tanto por la voluntad de las distintas comunidades en su carácter de *"totus orbis"*[5], como por el derecho natural[6]. La sociedad internacional, como sujeto unitario y compuesto tanto por repúblicas como por individuos, era un ente que tenía un consentimiento y una voluntad propia. Es notorio que Vitoria se refería al *ius gentium* romano como un *inter omnes gentes* y no como un *inter homines*, tal y como aparece en las *Institutas* de Gayo[7]. Es decir que para Vitoria se trataba de un derecho entre "gentes" o "naciones" y no simplemente entre hombres[8]. Ésta es una indicación de la pretensión universalista en el pensamiento de Vitoria.

Francisco Suárez refinó algunos temas que ya habían sido discutidos por Vitoria, principalmente en el campo del derecho natural. Suárez sofisticó el lenguaje utilizado para esas discusiones, y aunque no se puede afirmar que

2 La Suma Teológica (*Summa Theologiae*) es el tratado de teología medieval más influyente en la edad moderna y la obra más importante de Santo Tomás de Aquino.

3 Francisco de Vitoria, *De Indis et de Ivre Belli Relectiones*, Ernest Nys (ed.), Washington, Carnegie Institute, 1917, *Relectio II*, No. 7, p. 169.

4 Francisco de Vitoria, "On Civil Power", en Anthony Pagden y Jeremy Lawrance (eds.), *Vitoria: Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, parágrafo 21.

5 Esta expresión usada por Vitoria se refiere al mundo entero, como suma de las distintas comunidades que lo componen. Se contrapone al concepto de *respublica perfectae*. En esta concepción, el derecho no surge de una comunidad individual sino de la voluntad conjunta de todas las comunidades

6 Francisco de Vitoria, *De Indis et de Ivre Belli Relectiones, Relectio I*, sec. 3, No. 2, p. 151.

7 *Ibídem.*

8 David Kennedy, "Primitive Legal Scholarship", en *Harvard International Law Journal,* 1986, Vol. 27, pp. 20-21.

sea radicalmente distinto al trabajo de Vitoria, sí le resaltó un poder universalista y cosmopolita al discurso de sociedad internacional de la época:

> […] [e]l fundamento racional de esta fase del derecho consiste en que la raza humana, dividida en cualesquiera cantidad de personas y reinos, siempre preserva una unidad impuesta por el precepto natural del amor mutuo y la piedad, un precepto que aplica a todos, inclusive a los desconocidos de cada nación. Por lo tanto, aunque un Estado soberano, comunidad o reino pueda constituir una comunidad perfecta en sí misma y constituida de sus propios miembros, cada Estado permanece, en cierto sentido, y visto en relación con la raza humana, un miembro de tal sociedad universal […][9].

Es claro que para la escolástica tardía, la sociedad internacional consistía en Estados soberanos y además en hombres. En este punto no existió una distinción tajante que cerrara las puertas de la sociedad internacional a todo aquel que no fuera un Estado soberano, entre otras cosas porque la concepción moderna de un Estado soberano no existía aún. A partir del pensamiento de Suárez y Vitoria trascendieron algunos elementos clave, como la aplicación de preceptos del derecho natural a la sociedad internacional[10] y el poder de creación del derecho en cabeza de esa sociedad internacional, cuya voluntad era distinta a la de las partes que la componían. La difusión de estos elementos puede atribuirse a Grocio.

El holandés Hugo Grocio (1583-1645) es conocido, incluso por quienes no son abogados, como el "padre del derecho internacional"[11]. La influencia de Grocio ha dominado gran parte de la discusión teórica en el derecho internacional moderno, pero las ideas de Grocio obedecen más a una continuidad con la escolástica y las discusiones de quienes lo precedieron, que a un rompimiento con la tradición de pensamiento.

Un humanista por tradición, Grocio empezó su carrera como académico desde muy temprano, ingresando a la universidad poco después de cumplir once años y publicando su primera obra poco después de los quince. La obra madura de Grocio tiene como inspiración un hecho determinante para la economía de su Holanda natal. En medio de una guerra con España

9 Francisco Suárez, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, Nápoles, Ex Typis Fibrenianis, 1872, Libro II, cap. 19, p. 156.

10 Un ejemplo es la aplicación del derecho natural a la legítima defensa, ver: Francisco de Vitoria, "On Civil Power", parágrafo 11.

11 Por ejemplo, Boutros Boutros-Ghali, "A Grotian Moment", en *Fordham International Law Journal*, 1995, Vol. 18, pp. 1609 y ss.

y Portugal, un barco de la Compañía Neerlandesa de Indias Orientales capturó el navío portugués Santa Catalina. La captura del Santa Catalina y su botín era altamente cuestionable bajo el derecho vigente en el momento, principalmente la costumbre de presa de guerra, pues estaba siendo capturado por una empresa privada, que además no estaba en capacidad de librar una guerra contra Portugal. Grocio fue contratado para hacer la defensa jurídica de lo que era esencialmente un acto de piratería, y el resultado fue un largo tratado sobre el derecho a la presa en el mar, titulado *De Jure Praedae* (El derecho de presa). *De Jure Pradae*, que se convirtió en una obra general de derecho del mar, publicada después de su muerte (*Mare Liberum*), contenía los elementos fundacionales de su filosofía sistematizada en su gran obra: *De Jure Belli ac Pacis* (El derecho de la guerra y la paz).

La obra de Grocio está construida desde la perspectiva de un jurista y teólogo humanista y defensor del derecho natural. Su defensa de la captura del Santa Catalina, así como su teoría sistemática de la guerra y la paz, está sustentada en las facultades derivadas del derecho natural. Grocio refinó el discurso sobre la coexistencia entre el derecho natural, simultáneamente derivado de la voluntad divina y descubierto a través de la razón humana, y el derecho positivo. Las interpretaciones modernas de la obra de Grocio exploran tres preguntas fundamentales: 1) ¿Cuál fue la propuesta fundamental de Grocio sobre una sociedad internacional?; 2) ¿Qué novedad presentó Grocio frente a la filosofía jurídica anterior a él?; y 3) ¿Qué impacto tuvo su obra para la noción de sociedad internacional en el derecho internacional moderno?

Dos aspectos de *De Jure Belli* han sido los principales objetos de estudio en cuanto a la concepción que tenía el autor holandés de una auténtica sociedad: la relativa secularización del derecho y la existencia de un derecho voluntario de los Estados. Sobre el primer punto Grocio propone su "hipótesis impía" al respecto de la doble fuente del derecho humano, que es tanto racional como divino. Grocio negó la necesidad de Dios para fundamentar el derecho natural: "lo que hemos dicho tendría también validez si aceptáramos lo que no podemos aceptar: que Dios no existe, o que no tiene interés en las relaciones humanas"[12].

Sobre el segundo punto, Grocio dice en el preámbulo de su obra: "Pero al igual que el derecho de cada Estado tiene como objetivo el beneficio

12 Hugo Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, F.W. Kelsey (trad.), Oxford, The Clarendon Press, 1646, *Prologomena*, parágrafo 11, p. xlvi.

del Estado, también el consentimiento mutuo ha hecho posible que cierto derecho se cree entre todos los Estados, o entre muchos Estados; y es aparente que el derecho así originado tiene como objetivo no el beneficio de Estados particulares, sino el de una gran sociedad de Estados (*magnae universitatis*). Y esto es lo que llamamos el derecho de naciones, o el derecho internacional, cuando lo distinguimos del derecho natural"[13]. Siguiendo el marco de las ideas de la escolástica europea, Grocio dio cabida a un derecho internacional, distinto del derecho natural, con el objetivo del beneficio de una gran sociedad de Estados.

El aporte para la sociedad internacional viene entonces de su concepto de las fuentes jurídicas. Antes de Grocio, los problemas del derecho internacional giraban en torno a unas temáticas comunes, principalmente los indígenas en América y la legalidad de la guerra. Aunque estos temas no variaron con Grocio, éste inició una discusión más general fundamentada en la sociabilidad humana, la búsqueda de los sujetos hacia la convivencia en una sociedad. En Grocio la sociabilidad humana es productora del derecho, por lo cual a la sociedad internacional no sólo se le aplica el derecho natural, sino que ésta también crea un derecho positivo.

Al referirse a la sociabilidad, Grocio no sólo habló del hombre como un animal social, sino del *apetito* del hombre a socializar: "[…] como el hombre de edad madura tiene el conocimiento que le permite actuar de manera similar en casos similares; y simultáneamente, un apetito admirable y peculiar de sociedad (*cum societatis appetitu excellente*); y tiene también lenguaje, un instrumento de su deseo, otorgado a él sobre todos los animales […]"[14]. Este énfasis parece casi idéntico al de Suárez, quien también afirmó la existencia de una sociedad internacional distinta y superior a las distintas comunidades. A grandes rasgos, entonces, la noción de sociedad internacional en Grocio parte del apetito del hombre por socializar, lo cual constituye una continuidad con la escolástica tardía y, en particular, una tradición aristotélica-tomista al interior de la misma.

De esto, Grocio deriva una serie de leyes naturales, las cuales seculariza al separarlas de la voluntad divina, y aplica a las relaciones transnacionales. No es de poca importancia que las relaciones internacionales para Grocio son conducidas por individuos y no por Estados. Esto se hace evidente no sólo en apuntes preliminares de *De Jure Belli*, donde Grocio define el derecho internacional como aquel que rige "las relaciones mutuas entre gentes,

13 *Ibídem,* parágrafo 17, p. l.
14 *Ibídem,* parágrafo 7, p. xlii.

o entre los jefes de las gentes (*quod inter populos plures aut populorum rectores intercedit*)"[15], sino de la definición del ámbito de aplicación de su obra, al establecer que se refiere a las controversias "entre personas que no están unidas por un vínculo común del derecho doméstico […] que pueden surgir entre aquellos que todavía no han formado una nación, y aquellos que pertenecen a distintas naciones, sean personas privadas o reyes […]"[16]. La sociedad internacional de Grocio, por lo tanto, no estaba trabada en la soberanía del Estado como un velo impenetrable desde la óptica internacional. Por el contrario, como en sus predecesores escolásticos, era una concepción de una sociedad cosmopolita.

Sin embargo, algunos autores como Paul Haggenmacher, Richard Tuck y Brian Tierney han explorado la idea de una novedad en Grocio. Esta novedad se sostiene en dos áreas. En primer lugar, se afirma que en Grocio empieza la formación de un sistema comprehensivo de derecho internacional público, que origina el derecho internacional actual. En segundo lugar, se sostiene que en Grocio sí hay un rompimiento con la escolástica antigua, debido a una concepción totalmente nueva del derecho natural.

Sobre el primer punto, es importante notar que la obra madura de Grocio se deriva de su trabajo en defensa del comercio holandés. *De Jure Belli* no sólo tiene argumentos dedicados al derecho del mar, notablemente influenciados por su postura frente a la captura del Santa Catalina, sino que su vocación de independencia de los Estados Generales holandeses tuvo obvias implicaciones para su concepción de la sociedad internacional. No hay que olvidar que, en su época, Holanda no era un Estado reconocido, lo cual planteaba un problema para la capacidad jurídica que podría tener frente a España y Portugal (incluyendo la capacidad de tomar presas en el mar). De la misma manera, su obra fue publicada después de la reforma protestante, en un momento en que la filosofía política europea de los países reformados era muy hostil a la escolástica, principalmente por su postura voluntarista, en la cual aseguraban que la voluntad de Dios como poder absoluto no podía ser razonada y explicada por los hombres. Grocio sabía del auditorio dividido al que escribía, y para ese momento era claro que un texto esencialmente cristiano no apelaría a la mayor parte de Europa. Es tal vez por esto que *De Jure Belli* tiene el tono pluralista y secular que sin duda hizo que el individuo —sin importar que fuera católico o protestante— fuera un protagonista de la obra.

15 *Ibídem,* parágrafo 1, p. xxxvii.

16 Hugo Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, Libro 1, capítulo 1, parágrafo 1, p. 1.

No obstante lo anterior, la obra de Grocio toca temas de derecho internacional sólo tangencialmente. Aunque *De Jure Pradae* y *Mare Liberum* son obras que versan sobre derechos en el mar, *De Jure Belli* dedica la mayoría de sus páginas al derecho civil, haciendo gala de una vasta gama de fuentes medievales, antiguas, filosóficas, religiosas y literarias. Como el supuesto "padre del derecho internacional", uno de los créditos de Grocio es haber escrito el primer tratado sistemático de derecho internacional público. Sin embargo, en uno de los estudios más rigurosos de Grocio, Paul Haggenmacher ha argumentado que *De Jure Pradae* y *De Jure Belli* no son de ninguna manera unos tratados comprehensivos del derecho internacional, sino la culminación de una larga tradición de doctrina de la guerra justa en la escolástica tardía[17]. En efecto, Haggenmacher ubica a Grocio como la consolidación de una tradición naturalista, principalmente española, y rechaza la tesis común del rol fundacional del autor holandés en el derecho internacional.

En la modernidad, el debate acerca de la novedad de Grocio ha sido dominado por la discusión entre Richard Tuck y Brian Tierney. Tuck sostiene, en una serie de textos y conferencias, que Grocio redefinió el derecho natural al haberlo fundamentado en su más mínima expresión: el derecho (y obligación) a la autopreservación. El objetivo de tal reducción, según Tuck, era el de reevaluar las tesis de relativismo moral que había propuesto, principalmente, Michel de Montaigne[18]. Al interpretar el impulso universal de autopreservación —reconocido inclusive por los escépticos— como un principio moral que servía de fundamento a una nueva doctrina de derecho natural, Grocio estaría efectivamente imponiendo un categórico moral objetivo. Con esta movida, Grocio estaría reduciendo el ámbito del derecho natural pero a la vez cimentándolo sólidamente en la noción objetiva de autopreservación.

Tierney considera, sin embargo, que el argumento de Grocio no puede ser entendido de esta forma, ya que la autopreservación como fundamento del derecho natural era común en la literatura teológica de la época, y que tal concepción no implica, necesariamente, una visión "reducida" de los derechos naturales[19]. Tierney concede que *De Jure Belli* empieza rechazando personalmente a Carneades, un emblemático escéptico de la antigüedad.

17 Peter Haggenmacher, *Grotius et la Doctrine de la Guerre Juste*, París, Presses Universitaires de France, 1983.

18 Richard Tuck, *The Rights of War and Peace*, Nueva York, Oxford University Press, 1999, p. 98. El relativismo moral de Montaigne rechazaba la idea de un principio moral objetivo.

19 Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights*, p. 322.

Pero afirma que Grocio hace sólo unas pocas referencias al escepticismo en el resto de su obra. El valor de Grocio, según Tierney, radica justamente en su metodología escolástica aplicada a problemas modernos de la época (como la propiedad sobre el mar), con lo cual logró aplicar sus principales fundamentos a una Europa protestante.

Grocio entonces no cambió fundamentalmente los conceptos de derecho natural existentes para el momento, ni desarrolló una teoría de sociedad internacional sustancialmente novedosa. Para casi la totalidad del texto, es justo decir que *De Jure Belli* bien podría haber sido escrita por Suárez o Vitoria. Pero Hugo Grocio resalta en la literatura jurídica moderna como el más influyente autor de derecho internacional. Este resurgimiento de Grocio se debe, preeminentemente, al trabajo de Cornelis van Vollenhoven y Hersch Lauterpacht a mediados del siglo xx, en el cual trazaron una "tradición grociana" en el derecho internacional público. Lauterpacht, en su famoso artículo *The Grotian Tradition of International Law*, propuso que la razón por la cual Grocio mantenía un impacto tan determinante en el derecho internacional moderno era porque su obra tocaba los nervios del sistema jurídico internacional, que continúan siendo neurálgicos hoy en día. De los once puntos que Lauterpacht enumera hay cuatro inmediatamente relevantes para la fundamentación de un concepto de sociedad internacional[20]: 1) la sumisión de las relaciones internacionales al derecho internacional; 2) la aceptación del derecho natural como derecho vinculante para los Estados; 3) la sociabilidad humana como fundamento del derecho natural; y 4) la identidad esencial entre Estados e individuos. Es importante notar cómo los puntos 2 a 4 no hacen parte del canon moderno del derecho internacional que, en la siguiente sección de este artículo, se denomina "liberalismo". Los elementos "grocianos" identificados por Van Vollenhoven y Lauterpacht fueron invocados en el siglo xx cuando la doctrina de la época desde hacía décadas había rechazado esas ideas. La "tradición grociana" de Lauterpacht tiene hoy en día una gran influencia en el pensamiento constitucional contemporáneo, como se verá más adelante.

Estos cuatro elementos como distintivamente "grocianos" son compartidos en gran medida por Hedley Bull, el teórico de relaciones internacionales más influyente del siglo xx. Bull identifica cinco rasgos característicos en la visión de Grocio[21]: 1) el rol central del derecho natural; 2) la universalidad

20 Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", en *British Yearbook of International Law,* 1946, Vol. 28, pp. 19 y ss.

21 Hedley Bull, "The Importance of Grotius", en Hedley Bull, *et al.* (eds.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, The Clarendon Press, 2002, p. 78.

de la sociedad internacional; 3) el papel importante de los individuos y otros sujetos no estatales; 4) la solidaridad en la coerción para el cumplimiento de normas; y 5) la ausencia de instituciones internacionales.

El derecho natural como fuente independiente del derecho positivo y como normatividad vinculante para el Estado, y además discernible a través de la razón humana, es un rasgo innegable de Grocio. Lo mismo podría decirse frente al cosmopolitanismo que tanto Lauterpacht como Bull leen en la obra de Grocio, del cual naturalmente se desprende una sociedad internacional de personas y comunidades, y no necesariamente de Estados soberanos. Sin embargo, es cuestionable que estos elementos hayan sido aportados de manera novedosa por Grocio, ya que los fundamentos filosóficos de todos los rasgos de la sociedad internacional según la "tradición grociana" están presentes, por lo menos, en Francisco de Vitoria[22].

En suma, resulta innegable que por lo menos hasta finales del siglo XVII, la sociedad internacional se trataba de una sociedad de personas y comunidades que trascendía fronteras. Desde Vitoria, pasando por Suárez, y llegando a Grocio, el derecho internacional no pretendía regir un grupo de Estados, impenetrables en su velo de soberanía desde el plano internacional. La estricta separación entre individuo y Estado no existía en la literatura jurídica, y se concebía una sociedad internacional en función de las personas. Esta noción murió en la mitad del siglo XVII, y permanece muerta, aún cuando los más influyentes internacionalistas de nuestra época intentan revivirla, como se verá más adelante.

Para el siglo XVIII, estaba ya consolidada la idea universalista de una sociedad internacional, que habían defendido con tanto vigor Vitoria, Suárez y Grocio. En Alemania, la obra de Grocio había sido comentada y difundida por otro importante filósofo naturalista, Samuel Pufendorf. En este escenario se educó el filósofo tal vez más sofisticado de la época, Christian von Wolff. En su obra más importante para el derecho internacional, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (El derecho de naciones según el método científico), con un marcado racionalismo, Wolff le dio una expresión más sistemática al concepto de sociedad internacional, que heredó de la escolástica tardía:

> [l]a naturaleza misma ha establecido una sociedad entre todas las naciones y las obliga a preservar la sociedad. Por lo tanto, como esta obligación proviene

22 Randal Lesaffer, "The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law", en *British Yearbook of International Law*, 2002, Vol. 73, pp. 137-138.

> del derecho natural, es necesaria e inmutable, y no puede ser cambiada en razón de la unión de distintas naciones en un solo Estado. La sociedad, por lo tanto, que la naturaleza ha establecido entre individuos, sigue existiendo entre naciones y en consecuencia, cuando los Estados han sido establecidos de acuerdo al derecho natural y las naciones han florecido, puede decirse que la naturaleza misma ha establecido una sociedad entre todas las naciones y las obliga a preservarla […] después de que la raza humana fue dividida en naciones, esa sociedad que era de individuos continúa entre naciones[23].

Aunque la idea de una comunidad internacional que se componía de individuos y naciones fue una creación de Wolff, su prevención contra una sociedad internacional que diluyera esos vínculos sí es novedosa. El aporte de Wolff, entonces, no es la repetición de una vieja idea de comunidad internacional, sino el rechazo contra el movimiento hacia una comunidad internacional que excluyera a los individuos.

Las palabras de Wolff incorporaban la filosofía natural y política que se venía gestando por más de doscientos años, y reflejaban la concepción de soberanía y comunidad internacional de la época. Debido a la complicada redacción de su obra y a que ésta fue escrita en alemán, la difusión de la misma correspondió a uno de los más célebres internacionalistas de la época, Emmerich de Vattel.

Vattel tenía la intención de crear un manual de derecho internacional que pudiera servirle a los diplomáticos. Empezó por traducir el *Jus Gentium* de Wolff simultáneamente con sus propios comentarios. Al final, Vattel terminó por publicar su propia obra, el celebrado *Droit des Gens*. En éste, al traducir y comentar la noción de sociedad internacional y soberanía de Wolff, Vattel expresamente objetó las ideas del filósofo alemán. En vez, consideró que: "[…] cuando los hombres han acordado actuar en común, y han renunciado a sus derechos y sometido su voluntad al cuerpo entero con respecto al bien común, revierte en ese cuerpo, es decir el Estado, y en sus dirigentes, la responsabilidad de cumplir con los deberes de la humanidad hacia los extranjeros en todos los asuntos que los individuos ya no están en libertad de actuar y es para el Estado el cumplimiento de estos deberes hacia otros Estados"[24]. Éste fue un giro copernicano en la concepción de

23 Christian von Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, J.H. Drake (trad.), Oxford, The Clarendon Press, 1934, parágrafo 7, p. 11.

24 Emmerich de Vattel, *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law, applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and Sovereigns*, C.G. Fenwick (trad.), Washington, Carnegie Institute, 1916, Introducción, pp. 5-7.

la sociedad internacional. Vattel rechazó la noción de una "sociedad que era de individuos [que] continúa entre naciones"[25], sustituyéndola con una sociedad de Estados, en la que la formación de los Estados hace desaparecer a los individuos como sujetos relevantes en la sociedad internacional.

Con inmensa insatisfacción, Philip Allot identifica en *Droit des Gens* la primera expresión de la soberanía moderna, al haber trasladado las relaciones entre los individuos, que componían aquella sociedad internacional, a los Estados y sus dirigentes. Bajo la premisa de que el ideal humanista culminado por Wolff fracasó, por darle paso a la soberanía según Vattel, Allot considera que se perdió la oportunidad de haber concebido un mundo diferente y de haber cambiado la historia del siglo XX[26].

Aunque es cierto que la visión de sociedad internacional concebida por Vattel es fundamentalmente distinta a la que se había gestado en Europa durante los siglos XVI y XVII, la sociedad internacional *inter gentes* parece haber continuado en suelo europeo después de la publicación de *Droit des Gens*. En este sentido, Martti Koskenniemi sostiene que contrario a lo que comúnmente se cree sobre el derecho internacional en Europa a finales del siglo XIX, los internacionalistas más influyentes de la época mantuvieron un discurso hostil hacia la soberanía tal y como la expuso el *Droit de Gens*[27]. Fue así que John Westlake, un influyente internacionalista inglés, sostuvo que "[…] el consentimiento de la sociedad internacional […] es el consentimiento de los hombres, quienes son los miembros fundamentales de esa sociedad"[28]. Igualmente, J.K. Bluntschli habló del objetivo del derecho internacional europeo como un "objetivo de orden mundial humano"[29], y Pasquale Fiore mantuvo que "la unidad de las especies humanas conduce al reconocimiento de que el imperio de las normas legales que son aplicables a todas las formas de actividad humana en la *Magna civitas*, debe ser universal"[30].

Igualmente, aunque es probablemente cierto que la primera expresión de la soberanía moderna vino con la obra de Vattel, la muerte del proyecto

25 Christian von Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, p. 11.

26 Philip Allot, *The Health of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 418.

27 Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2005, p. 16.

28 John Westlake, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1910, p. 14.

29 Johan Caspar Bluntschli, *Das Moderne Völkerrecht de Civilisirten Staten*, Nordlingen, C.H. Beck, 1878, p. 59.

30 Pasquale Fiore, *Le Droit International Condifié et sa Sanction Juridique*, París, Chevalier Marescq et cie, 1890.

universalista y cosmopolita también puede ubicarse en la colonización de finales del siglo XIX, como lo hace Koskenniemi. Se trata probablemente de una transformación lenta a la luz de la colonización y el nacimiento de los Estados-nación, la cual se consolidó en algún momento entre los siglos XIX y XX.

Debates contemporáneos sobre la sociedad internacional y el rol del derecho en la sociedad internacional

Los debates contemporáneos tienen origen en esas discusiones, entre un proyecto universalista y cosmopolita y uno centrado en la soberanía de los Estados. Tal como lo expone David Kennedy, el punto fundamental del pensamiento tradicional en el derecho internacional es la separación entre dos ámbitos de la soberanía: la interna (soberanía frente a los súbditos) y la externa (igualdad soberana entre Estados), a la vez que el tema recurrente en la literatura moderna es la ansiedad por superar esta distinción[31]. El derecho internacional contemporáneo incluye aspectos de ambas clases de pensamiento. En algunos ámbitos hay un énfasis en la igualdad soberana y la no intervención, los derechos de los Estados frente a otros Estados y la relatividad como característica esencial de las obligaciones internacionales[32]. En otros se proclama el rompimiento del velo de la soberanía, la irradiación del derecho internacional hacia los órdenes internos y la influencia creciente de actores distintos a los gobiernos en la regulación "internacional", "global" o "transnacional", junto con ideas cosmopolitas en diversos ámbitos de regulación, desde los derechos humanos hasta la protección de la inversión.

Entre estas diversas visiones hay un consenso fundamental según el cual existe una sociedad internacional que hasta cierto punto es distinta de una sociedad nacional y que va más allá del Estado. Así mismo hay consenso, hasta cierto punto, en que en la sociedad internacional existen relaciones que son concebidas como relaciones jurídicas. El pensamiento contemporáneo, salvo ciertas corrientes de las relaciones internacionales como el "realismo"[33], concede entonces que hasta cierto punto la sociedad

31 David Kennedy, "Primitive Legal Scholarship", en *Harvard International Law Journal,* 1986, Vol. 27, pp. 6-7.

32 Juan Antonio Carrillo Salcedo, "Droit International et Souveraineté des États", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye,* 1996, Vol. 257, pp. 35-222.

33 Hans Morgenthau, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace,* Nueva York, Alfred A. Knopf, 1978, pp. 4-15.

internacional es una sociedad regida por normas. En este sentido, a diferencia de los debates clásicos sobre la *existencia* de una sociedad internacional, los debates contemporáneos tienen que ver con las *características* de la misma.

Sin embargo existen similitudes en muchos puntos. Hoy en día aún se debaten aspectos de la fuente de las normas que deben ser aplicadas a la sociedad internacional y sobre los sujetos que la componen. Pero también surgen interrogantes que son más típicamente modernos y que abordaremos más adelante en este capítulo: ¿Cuál es la estructura de las obligaciones internacionales? ¿Quiénes son los sujetos del derecho internacional y en virtud de qué? El derecho internacional ofrece respuestas muy diversas a esas preguntas, en su mayoría contradictorias. Las contradicciones y divergencias entre las respuestas disponibles pueden examinarse bajo el lente conceptual de la distinción entre una visión *liberal* y una visión *constitucional* del ordenamiento de la sociedad internacional.

Según este modelo conceptual, cualquier teoría sobre la sociedad internacional y el derecho internacional busca responder simultáneamente las siguientes dos preguntas. En primer lugar, se pregunta ¿qué esquema de valores subyace a la sociedad internacional? Luego, dependiendo de la respuesta a esa pregunta, puede responder ¿cuál es el rol del derecho en la sociedad internacional?

Una teoría liberal generalmente sostiene que no hay un esquema de valores subyacente a la sociedad internacional más allá de la coexistencia pacífica y la supervivencia de los individuos. En lugar de una comunidad con valores compartidos, la sociedad internacional es una sociedad de intereses contrapuestos donde lo importante es mantener la estabilidad o el equilibrio entre ellos. El rol esencial del derecho es entonces uno de lograr la estabilidad entre los sujetos, por lo cual el derecho internacional hace primar la voluntad de los Estados. De esta manera las visiones del derecho que se desenvuelven bajo una teoría liberal se centran en categorías como la igualdad soberana entre los Estados y la demarcación entre el ámbito interno y el ámbito internacional de la soberanía. Así mismo hacen predominar al Estado como sujeto primario del derecho internacional y hacen que las teorías sobre fuentes e interpretación del derecho internacional dependan fundamentalmente del consentimiento de los Estados[34].

Al otro lado del espectro teórico podemos ubicar a las teorías constitucionales. Una teoría constitucional sostiene que, por el contrario, sí hay un

34 A esta visión liberal puede trazarse la aproximación positivista a los sujetos, que se explora en la última parte de este capítulo.

esquema de valores subyacente a la sociedad internacional. El constitucionalismo global fundamenta el derecho internacional en los valores compartidos por la sociedad o la comunidad internacional. Las visiones del derecho internacional que se derivan de teorías constitucionalistas disminuyen el rol decisivo del Estado en la formación del derecho y la interpretación del mismo. Estas concepciones del derecho erosionan la importancia de la voluntad y el consentimiento del Estado, y se ven mucho más dispuestas a traspasar el velo de la soberanía del Estado para regular las relaciones entre el Estado y sus nacionales, entre el Estado y extranjeros, e incluso entre distintas personas entre sí.

Este marco conceptual obviamente no alcanza a comprender todas las teorías que existen sobre la sociedad internacional. Particularmente, no captura las teorías que restan importancia al derecho internacional como una categoría útil de análisis, como son aquellas que lo sustituyen con el "derecho administrativo global"[35] o con las "redes regulatorias transnacionales"[36], ni explican comprehensivamente todas las teorías que se ubican entre ambos polos de ese espectro. Pero incluso esas teorías contienen elementos que pueden trazarse a una u otra visión de la sociedad internacional. El derecho administrativo global precisamente busca establecer un conjunto de elementos que puedan evitar la arbitrariedad al nivel de la gobernanza global. A su vez, la teoría de las redes regulatorias parte de una premisa normativa sobre el logro de la paz entre Estados liberales por medio de la interacción y la cooperación entre las soberanías desagregadas de reguladores, jueces, etc. Ambas corrientes tienen muchos aspectos constitucionalistas que buscan negar la primacía de la voluntad estatal en la formación, aplicación y transformación del derecho internacional.

Las doctrinas en el derecho internacional pueden entonces trazarse a elementos de una u otra teoría, como se observa en las aproximaciones teóricas de algunos autores prominentes. En el polo del liberalismo se puede ubicar, por ejemplo, la obra de Ian Brownlie. Su libro de texto sobre el derecho internacional público, una referencia obligada en muchos círculos académicos y profesionales, es un claro ejemplo de una visión del derecho internacional donde priman los valores de la soberanía estatal y la estabilidad en las relaciones internacionales. Dentro de esta priorización de valores, Brownlie discute los principios sobre delimitación territorial como mecanismos de

35 Benedict Kingsbury, Nico Krisch & Richard B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", en *Law and Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68, pp. 15-61.

36 Anne-Marie Slaughter, *A New World Order,* Princeton, Princeton University Press, 2005.

orden público internacional[37], la inmunidad de los Estados como una regla fundamental para el mantenimiento de la armonía entre ellos[38], y teorías de fuentes y sujetos del derecho internacional que se fundamentan en la predominancia del Estado, su voluntad y su consentimiento[39]. Las mismas características son observables en muchos de los textos hoy considerados canónicos para el entendimiento y la práctica del derecho internacional[40].

Pero éstas no son características exclusivas de los textos doctrinarios. En 1979, Louis Henkin publicó su obra *How Nations Behave,* la cual tenía el objetivo de justificar el derecho internacional como derecho, respondiendo a la recurrente objeción de académicos en las relaciones internacionales y de abogados formados en el derecho doméstico, según la cual el derecho internacional no es derecho por no tener un sistema de coerción. La teoría de Henkin puede resumirse en una premisa fundamental: los Estados crean el derecho internacional y generalmente lo observan, porque están interesados en crearlo y observarlo[41]. Este argumento se dirigía contra quienes argumentaban desde un punto de vista austiniano que un sistema normativo sólo es "jurídico" si hay un sistema coercitivo central que lo haga cumplir. En el desarrollo de su argumento, Henkin expresa los principales intereses y valores que a su juicio subyacen al derecho internacional. El énfasis liberal de Henkin es evidente cuando afirma que "el principal propósito del derecho internacional es mantener el orden internacional, para que las naciones puedan perseguir sus intereses, tanto extranjeros como domésticos"[42].

Ésta es una visión que supone un derecho creado para mantener el orden entre sujetos jurídicamente homogéneos (los Estados), que descarta como jurídicamente irrelevantes las desigualdades materiales entre ellos y que respeta una distinción entre lo público (lo internacional) y lo privado (lo nacional o doméstico). Éstos son elementos típicamente liberales, heredados de la noción de soberanía propuesta por Vattel. Lo "liberal" de esta noción de la sociedad internacional consiste en la salvaguarda de la libertad de los Estados, quienes tienen derecho a mantener un dominio reservado de política interna, en principio irrelevante para el derecho internacional.

37 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law,* Oxford, Oxford University Press, séptima edición, 2008, pp. 105-222.

38 *Ibídem,* pp. 289-368.

39 *Ibídem,* pp. 3-68.

40 Por ejemplo, Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise,* Londres, Longmans Green & Co., 1912.

41 Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy,* Nueva York, Universidad de Columbia, 1979.

42 *Ibídem,* p. 32. (*traducción de los autores*)

Contra esta postura teórica existen múltiples respuestas. A mediados del siglo XX, Hersch Lauterpacht propuso una concepción del derecho internacional diametralmente opuesta a esa visión liberal[43]. Por ejemplo, en el campo de las fuentes del derecho internacional, Lauterpacht propuso que la validez del contenido de los tratados podía estar limitada por la moralidad, que la interpretación de los mismos debía obedecer al derecho consuetudinario vigente y no a la intención de las partes, que la costumbre era un derecho "necesario y objetivo, existente independientemente de la voluntad de los Estados" y que una costumbre en formación tampoco podía contravenir las nociones generales del derecho[44]. En su prolífica obra, Lauterpacht propuso ideas similares en muchos otros campos del derecho internacional, que reflejaban una concepción mucho más solidaria, universal y cosmopolita de la sociedad internacional.

En la actualidad, una posición similar, aunque incluso más radical, es defendida por el brasileño Antônio Cançado Trindade, juez de la Corte Internacional de Justicia. Trindade identifica un enemigo doctrinal: el "voluntarismo positivista", según el cual el derecho internacional se funda en normas que surgen del consentimiento de los Estados. La idea fundamental de Cançado Trindade es que el derecho internacional es "un *corpus juris* que cada vez más se orienta a la satisfacción de las necesidades y las aspiraciones de los seres humanos, de los pueblos y de la humanidad como un todo"[45]. Ésta es una idea que va fundamentalmente en contra de las teorías liberales. Para Cançado Trindade, el derecho internacional no es un instrumento de *orden* sino un instrumento de *progreso*. Lo es, porque la comunidad internacional se compone de seres humanos y pueblos con aspiraciones comunes; no simplemente de Estados con intereses que en ocasiones convergen y en otras divergen.

El giro efectuado por autores como Lauterpacht y, posteriormente, Trindade, tiene efectos importantes sobre una gran cantidad de aspectos doctrinales del derecho internacional. Lleva a sostener teorías más expansivas sobre los sujetos y a minimizar la importancia de las teorías sobre las fuentes del derecho internacional, pues lo importante no es la *validez formal* de una norma jurídica sino el *contenido material* del derecho internacional

43 Koskenniemi trata extensivamente el proyecto cosmopolita de Lauterpacht en Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones*, Editorial Ciudad Argentina, 2005.

44 Hersch Lauterpacht, "Règles générales du droit de la paix", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye,* 1937, Vol. 62, pp. 95-422.

45 Antônio Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* (I)", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 2005, Vol. 316, p. 33. (*traducción de los autores*)

como un todo. De ahí que Trindade sostenga que el derecho internacional no está fundamentado en un "sistema de fuentes" sino en una serie de principios generales que subyacen al sistema y que están orientados hacia una "idea objetiva de la justicia"[46].

La posición de Trindade es probablemente la más extrema, pues incluso parece defender un retorno al iusnaturalismo[47]. Pero los puntos fundamentales de esta oposición a las ideas liberales son compartidos por muchas otras teorías que no llegan necesariamente al iusnaturalismo. Así, por ejemplo, los autores que se enmarcan a sí mismos dentro de un proyecto de "constitucionalismo global" ofrecen una visión de la sociedad internacional en la cual una serie de valores sustantivos establecen una guarda *contra* la arbitrariedad de los Estados, poniendo de cabeza la idea liberal de un derecho internacional *para* los Estados[48].

En un modo de pensamiento similar, la obra del canadiense Thomas Franck muestra dos ideas recurrentes sobre el derecho internacional: justicia (*fairness*[49]) y legitimidad. En desarrollo de la idea de justicia, Franck sostuvo la importancia de orientar el derecho internacional de manera que hubiera una justicia entre Estados y así mismo entre los individuos que componen la comunidad internacional[50]. Para Franck, el derecho internacional encerraba una idea fundamental de justicia. En desarrollo de la idea de legitimidad, Franck fue enfático en sostener un derecho emergente a la "gobernanza democrática", lo cual exige una particular clase de organización interna por parte de los Estados[51], y en asegurar que dentro de las

46 *Ibídem,* p. 90. (*traducción de los autores*) Esta visión se refleja en el voto separado de Cançado Trindade en el caso de las papeleras de Uruguay, sobre el tema de los principios generales del derecho. ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina *vs.* Uruguay), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, 2010. En: www.icj-cij.org.

47 Antônio Cançado Trindade, *op. cit.,* pp. 37-61.

48 Bardo Fassbender, "The United Nations Charter as Constitution of The International Community", en *Columbia Journal of Transnational Law,* 1998, Vol. 36, pp. 529-619; Erika de Wet, "The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order", en *Leiden Journal of International Law,* 2006, Vol. 19, pp. 611-632. Para una visión crítica ver: René Urueña, "Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global", en *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes,* 2010, Vol. 24, pp. 3-23.

49 La palabra "*fairness*" en inglés se traduce literalmente como "justicia", pero evoca más una justicia procedimental que una sustantiva, que sería referida como "*justice*".

50 Thomas Franck, "Fairness in the International Legal and Institutional System", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye,* 1993, Vol. 240, pp. 9-498. Ver también: Iain Scobbie, "Tom Franck's Fairness", en *European Journal of International Law,* 2002, Vol. 13, pp. 909-925.

51 Thomas Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance", en *American Journal of International Law,* 1992, Vol. 86, pp. 46-91.

condiciones de legitimidad de las normas internacionales se encuentra su coherencia[52]. La insistencia de Franck en la coherencia es anatema a una concepción liberal del derecho internacional en la cual una norma no es válida por su fidelidad a un esquema de principios, sino que es válida por su fidelidad al consentimiento de los Estados.

Las oposiciones entre teorías liberales y teorías constitucionales pueden entonces resumirse así:

Liberalismo	**Constitucionalismo**
Intereses contrapuestos	Comunidad internacional
Derecho para los Estados	Derecho para la humanidad
Coexistencia pacífica	Progreso
Igualdad soberana	Valores universales
No intervención y dominio reservado	Regulación de relaciones internas
Relatividad de las obligaciones internacionales	Obligaciones absolutas, normas jerárquicamente superiores, obligaciones hacia la comunidad
Consentimiento de los Estados	Principios subyacentes a la comunidad

Este marco conceptual no pretende describir de manera comprehensiva y exhaustiva las diversas teorías del derecho internacional y la sociedad internacional. Incluso dentro de las corrientes teóricas mencionadas existen diferencias importantes que un examen más sutil podría lograr descubrir. Lo importante de este marco conceptual es mostrar que en el pensamiento contemporáneo hay diversas maneras de ver a la sociedad internacional, y que esa diversidad de visiones es lo que causa una diversidad de opiniones doctrinarias en el derecho internacional.

No existe entonces una visión unívoca de la sociedad internacional. Los aspectos fundamentales de esta noción son objeto de un profundo debate. Este debate incide en aspectos prácticos del derecho internacional, como son la estructura de las obligaciones internacionales y la existencia de los sujetos del derecho.

52 Thomas Franck, "Legitimacy in the International System", en *American Journal of International Law,* 1988, Vol. 82, pp. 740-751.

Reflexiones en la práctica de la sociedad internacional

Bilateralismo y multilateralismo: la estructura de las obligaciones internacionales

Aun en el marco de un derecho internacional pensado en clave de soberanía, la sociedad internacional se ha movido hacia una concepción multilateral de las obligaciones. Paradójicamente, a la vez que en el pensamiento filosófico se consolidaba el liberalismo basado, principalmente, en las ideas de Vattel, en las relaciones entre Estados comenzaba un importante giro hacia el multilateralismo y la interdependencia. Hasta el siglo XIX, la práctica del derecho internacional se basaba principalmente en relaciones bilaterales entre Estados, materializadas a través de misiones diplomáticas y consulares, y tratados entre dos Estados. Sin embargo, comenzaron a surgir más y más escenarios en donde sería útil, o aun necesario, agrupar a más de dos Estados a través de "congresos" o "conferencias" con el fin de llegar a acuerdos frente a temas específicos que concernieran a todos los involucrados, como negociaciones postguerra o la regulación de la "carrera por África" entre Estados europeos[53].

A medida que los Estados se volvían más interdependientes y sus relaciones resultaban más complejas, surgieron las organizaciones internacionales tal y como las conocemos hoy en día[54]. Aunque hubo instituciones similares desde comienzos del siglo XIX (como la Comisión Central del Rin, establecida en 1815), fue en 1919 que se creó la primera organización con vocación universal, la Sociedad de Naciones, con lo cual se marcó un "paso decisivo en la historia, [el cual anunció] los comienzos de la organización política mundial"[55]. Esta organización, predecesora de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), fue diseñada tras la Primera Guerra Mundial principalmente para garantizar la paz entre los Estados y establecer un sistema de seguridad colectiva. Como explica Jan Klabbers, un punto fundamental de la Sociedad de Naciones era que tendría derechos ilimitados de discusión sobre cualquier tema relacionado con las relaciones

53 Ver: Philippe Sands y Pierre Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 1-3.

54 José E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 18.

55 Robert Kolb, *An Introduction to the Law of the United Nations*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 5. (*traducción de los autores*)

internacionales, especialmente en relación con la guerra, bajo el entendido que hechos que afectaran la paz concernían a todos los Estados[56]. Así, es notable el intento de la sociedad internacional en crear un foro de discusión permanente con aspiración universal desde 1919, fundamentado en el mantenimiento de un valor colectivo de interés común como la paz. Este intento no se materializó sino hasta 1945, tras haber finalizado la Segunda Guerra Mundial, al crear la ONU, la cual se ha convertido en una organización de carácter verdaderamente universal, y ha funcionado no sólo como un mecanismo para mantener la paz y seguridad internacionales, sino que ha creado un extenso marco de instituciones que constituye un foro para la cooperación internacional en casi todas las áreas de la vida política, económica y social[57].

De tal manera, fue desde la segunda mitad del siglo XX que se consolidó el giro hacia el multilateralismo en las relaciones internacionales. Tras la creación de la ONU, surgieron numerosas organizaciones dedicadas a todo tipo de temas considerados relevantes por la sociedad internacional[58]. Así, como explica C.F. Amerasinghe, hoy en día se presenta una forma de multilateralismo alcanzada a través de organizaciones que funcionan como arenas de negociación al alcance de todos los Estados[59]. Y como sugiere dicho autor, gracias a la creciente interacción de los Estados a través de este tipo de foros, la sociedad internacional progresivamente se ha acercado y unificado, y los Estados miran más allá de sus fronteras nacionales[60].

En este contexto, la estructura de las obligaciones internacionales ha ido moviéndose de un modelo bilateral, es decir, aquel con dos partes en donde un sujeto de derecho internacional debe obligaciones a otro sujeto (y viceversa), siendo el resto de la sociedad internacional, en principio, ajena a dicha relación; a uno multilateral, en donde hay tres o más partes y una determinada obligación es debida por un sujeto a una multiplicidad de sujetos en común, que bien podría ser la sociedad internacional entera[61].

56 Ver: Jan Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 17; citando a Woodrow Wilson.

57 *Ibídem.*

58 Para el año 2002, C.F. Amerasinghe estimaba que habría entre quinientas y setecientas organizaciones que podrían considerarse organizaciones internacionales como tales, de las cuales 32 identifica como universales. Ver: C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, No. 10, p. 7.

59 *Ibídem,* p. 5.

60 *Ibídem,* p. 7.

61 James Crawford, "Multilateral Rights and Obligations in International Law", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 2006, Vol. 319, pp. 344, 335 y 336.

En el terreno jurídico ha habido grandes cambios no sólo en la naturaleza de los tratados internacionales, en donde los de naturaleza multilateral han cobrado gran importancia y los cuales suelen discutirse y producirse en el seno de organizaciones internacionales, sino también mediante el desarrollo de "categorías multilaterales" como las normas *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*[62].

Este giro al multilateralismo apunta a una versión más cosmopolita y universal que la concepción liberal de la sociedad internacional. El derecho internacional ha desarrollado en varios frentes una visión más solidaria y menos centrada en el respeto al consentimiento, la intención y los intereses de los Estados individuales. Dos ejemplos sirven para demostrar esta movida: (i) las normas *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* y (ii) las reglas sobre reservas a tratados.

Jus cogens y obligaciones *erga omnes*

Las normas *jus cogens* y obligaciones *erga omnes* son dos ejemplos de "categorías multilaterales": tienen particularidades especiales que reflejan un enfoque multilateral en la manera de concebir la sociedad internacional.

Una norma de carácter *jus cogens* es "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter"[63]. Una tal norma es creada mediante un proceso de dos etapas: primero, el reconocimiento de la regla como una regla de derecho internacional consuetudinario, y segundo, la aceptación por la sociedad internacional en su conjunto del carácter imperativo de dicha norma[64]. Este tipo de normas se reconoció formalmente por primera vez en la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados de 1969[65], en donde se establece que un tratado será inválido si al momento de su conclusión está en conflicto con una norma de *jus cogens*, y que "[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará"[66].

62 Ver*: ibídem,* pp. 407-413.

63 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 331 U.N.T.S. 1155, artículo 53.

64 Ver: Malcolm Shaw, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 126.

65 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *op. cit.*

66 *Ibídem,* artículo 64.

De tal manera, el *jus cogens* fue una categoría ideada inicialmente en el contexto del derecho de los tratados[67]. Los ejemplos que cita la mayoría de la doctrina como *jus cogens* son las prohibiciones del uso de la fuerza mediante actos de agresión, del genocidio, de la esclavitud, de la discriminación racial y de violaciones graves al derecho de autodeterminación de los pueblos; y algunos añaden la prohibición de la tortura[68]. La relevancia particular de esta categoría es que evoca intereses superiores de la comunidad internacional, y de ahí su posición privilegiada en la jerarquía normativa del derecho internacional[69].

A pesar de que el concepto de *jus cogens* fue reconocido en una importante convención internacional, no ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial en la Corte Internacional de Justicia o en otras cortes internacionales[70]. Más aún, ha sido objeto de diversas críticas, dirigidas principalmente a su presunta ambigüedad como concepto jurídico (y consecuente poder retórico)[71]. No obstante lo anterior, recientemente ha adquirido uso en ámbitos jurídicos distintos al derecho de los tratados, como la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[72], o el derecho sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados[73].

67 Sin embargo, la idea de que un tratado podía ser inválido por contrariar una especie de "orden público internacional" fue propuesta décadas antes de la Convención de Viena por Lauterpacht, quien también sostuvo la posibilidad de que una práctica general no se convirtiera en costumbre por el mismo motivo, como se vio anteriormente.

68 Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Londres, Routledge, 1997, p. 58.

69 Ver: Malcolm Shaw, *op. cit.,* pp. 123-126.

70 Ver: Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law", en *The American Journal of International Law,* 2006, Vol. 100, pp. 305-319. La Corte Internacional de Justicia hizo mención directa de esta categoría por primera vez en un caso del 2006, ver: James Crawford, *Multilateral Rights and Obligations…*, pp. 415-417.

71 Ver, por ejemplo, Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", en *The American Journal of International Law,* 1983, Vol. 77, pp. 421-430. También ver: Anthony D'Amato, "It's a Bird, It's a Place, It's Jus Cogens!", en *Connecticut Journal of International Law,* 1990-1991, pp. 1-6. En contra ver: John Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case", en *Oxford Journal of Legal Studies,* 1996, Vol. 16, pp. 85-128.

72 Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission,* 2001, Vol. II (Parte Dos), en donde la Comisión de Derecho Internacional de la ONU incluyó varias provisiones relacionadas a violaciones de *jus cogens*, notablemente, los artículos 41 y 42, referentes a las consecuencias por violaciones graves de obligaciones de *jus cogens*. Para una valoración crítica de este desarrollo ver: Markus Petsche, "*Jus Cogens* as a Vision of the International Legal Order", en *Penn State International Law Review*, 2010, Vol. 29, pp. 252-254.

73 Ver, por ejemplo, Al-Adsani *vs.* the United Kingdom, merits, No. 35763/97, ECtHR 2001. Así mismo, en septiembre del 2011, la Corte Internacional de Justicia comenzó las

En la doctrina, una mayoría de autores considera que todas las normas de *jus cogens* generan obligaciones de carácter *erga omnes*[74]. Esta segunda categoría multilateral se define como obligaciones que un Estado debe a la sociedad internacional en su totalidad, y "[e]n vista de la importancia de los derechos en cuestión, se puede sostener que todos los Estados tienen interés en su protección"[75]. Las obligaciones *erga omnes* fueron un desarrollo plenamente jurisprudencial que apareció por primera vez en 1970 en la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*[76].

Dicho avance jurisprudencial ha sido visto por muchos como una especie de disculpa de la Corte frente a sectores de la sociedad internacional que habían reaccionado airadamente ante la decisión de la Corte en el caso de *África del Sudoeste* de 1966[77]. En aquella ocasión, Liberia y Etiopía habían llevado un caso contra Sudáfrica ante la Corte alegando que este último había violado sus obligaciones bajo el mandato sobre África del Sudoeste (hoy en día Namibia) que estaba a su cargo. La Corte determinó (en una votación dividida, decidida por el voto del presidente) que aunque cualquier Estado podría tener un interés general en la observancia del derecho internacional, dicho interés no era de carácter específicamente jurídico bajo las circunstancias de los mandatos de la Sociedad de Naciones, y por tanto el caso no podía ser decidido por falta de interés *jurídico* de los demandantes[78]. Este corto proceso, que culmina con el cambio jurisprudencial en *Barcelona Traction*, puede considerarse como una expresión más de una visión constitucional de la sociedad internacional. La existencia de obligaciones *erga omnes* permite sostener que un Estado es responsable, no simplemente ante otro Estado, sino ante la sociedad internacional entera con respecto al cumplimiento o incumplimiento de una obligación importante.

---

deliberaciones relacionadas a un caso pendiente en donde éste es uno de los puntos cruciales de contención. Al respecto ver, por ejemplo, ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany *vs.* Italy), Order, Application by the Hellenic Republic for Permission to Intervene (2011). En: www.icj-cij.org

74 Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 1994, Vol. 250, p. 294.

75 ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium *vs.* Spain), Judgment (1970), ICJ Reports 3, p. 32, ver párrafo 33. (*traducción de los autores*)

76 *Ibídem.*

77 James Crawford, *Multilateral Rights and Obligations…,* p. 410; Theodor Meron, "International Law in the Age of Human Rights", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 2003, Vol. 301, p. 264.

78 Theodor Meron, "International Law in the Age of Human Rights", p. 264. Para un recuento más detallado de este proceso histórico ver: James Crawford, *Multilateral Rights and Obligations…,* pp. 408-411.

Como explica Bruno Simma, lo que vemos mediante estos dos ejemplos de categorías multilaterales son "dos caras de la misma moneda, a saber, aquella de la existencia de reglas de derecho internacional que, en palabras de la [Corte Internacional de Justicia] 'conciernen a todos los Estados'"[79]. En tal sentido, la verdadera diferencia estaría en términos de su naturaleza: mientras que el carácter *erga omnes* se refiere al ámbito de aplicación de una regla, el carácter *jus cogens* de una norma es sustantivo[80]. No sorprende entonces que la CIJ haya mencionado como ejemplos de obligaciones *erga omnes* los mismos ejemplos que la doctrina suele dar de normas *jus cogens,* mencionadas anteriormente.

Las dos categorías expuestas arriba son dos ejemplos de lo que Simma denomina "expresiones doctrinales de intereses de la comunidad": conceptos que el derecho internacional ha desarrollado al nivel de doctrina y derecho sustantivo para proteger valores fundamentales de interés de todos los Estados[81]. Para Simma, el derecho internacional ha progresivamente mutado de un modelo "bilateralista", muy afín a las visiones liberales descritas anteriormente, hacia un modelo basado en "intereses de la comunidad": visto en otro sentido, un modelo bilateral de obligaciones ha dado cabida a un modelo en donde la sociedad internacional entera tiene intereses jurídicos. El giro hacia el multilateralismo en las relaciones internacionales fue esencial para el desarrollo de las dos categorías aquí estudiadas: a medida que los Estados se han acercado mediante foros colectivos y las obligaciones multilaterales han adquirido un lugar central, la sociedad internacional ha dado especial importancia a ciertos valores superiores, y lo ha concretado, en parte, a través de las dos categorías que venimos de estudiar.

Reservas a tratados multilaterales: tratados de derechos humanos

Los tratados multilaterales han cobrado gran importancia para la sociedad internacional, y uno de los ámbitos en donde esto es más evidente es el derecho internacional de los derechos humanos, en donde hay una gran cantidad de tratados tanto universales como regionales. El debate frente a los efectos de las reservas a estos tratados ha suscitado discusiones que reflejan la tensión entre visiones liberales y constitucionales de la sociedad internacional.

79 Bruno Simma, *op. cit.,* p. 300.
80 Malcolm Shaw, *op. cit.,* p. 124.
81 Bruno Simma, *op. cit.,* pp. 233 y 285.

Una reserva a un tratado es una declaración unilateral de un Estado mediante la cual éste busca excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas cláusulas en la aplicación del tratado frente a sí[82]. El propósito de las reservas es atraer el mayor número posible de Estados a un tratado, ya que algunos podrían estar satisfechos con la mayor parte de un tratado pero no así con ciertas cláusulas específicas. Las reservas permiten la armonía y el acuerdo frente a las disposiciones más importantes, y esto es especialmente relevante para los tratados multilaterales dado que en éstos se suelen agrupar Estados con sistemas políticos, económicos y sociales muy diversos[83]. Las reservas pueden ser aceptadas u objetadas por otros Estados partes de un tratado, lo cual genera distintos efectos jurídicos para la aplicación de dicho tratado entre el Estado que presenta la reserva y aquel que la acepta u objeta[84].

La normatividad actual referente a las reservas partió de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1951 sobre *Reservas a la Convención sobre Genocidio*, donde la Corte, adoptando un enfoque desarrollado en la práctica del continente americano[85], determinó que la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin de la convención en cuestión es el criterio que debe guiar la actitud de los Estados al formular una reserva o al evaluar su admisibilidad (si objetarla o aceptarla). En ese sentido, si un Estado formula una reserva que ha sido objetada por otro Estado parte y dicha reserva atenta contra el objeto y fin de la convención, el Estado que formuló la reserva no puede ser visto como parte de la convención[86]. El enfoque adoptado por la Corte tuvo entonces un tono liberal: un Estado es libre para determinar los términos en los cuales acceder a una convención y, en cualquier caso, ésta no aplica frente a él sino en los términos frente a los cuales consintió. Esta opinión consultiva sentó las bases para el futuro desarrollo del derecho en este ámbito[87], influyendo lo que se establecería en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados[88]. Esta opinión

82 Ver: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 2(d).

83 Malcolm Shaw, *op. cit.,* pp. 914-915.

84 Ver: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 20-21.

85 Para un repaso del estado del derecho sobre reservas previo a la opinión consultiva de 1951 ver: Theodor Meron, *International Law in the Age of Human Rights,* pp. 221-223.

86 ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, ICJ Reports 15, pp. 24-26, p. 29.

87 Alain Pellet y Daniel Müller, "Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil…", en Ulrich Fastenrath, *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 524.

88 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ver: artículos 19-23.

consultiva fue polémica en su momento[89] y aún sigue siéndolo. La opinión ocasionó un cambio en la orientación de los debates previos a la Convención de Viena[90], sellando el destino del derecho de las reservas hacia una regulación marcadamente voluntarista.

Esa posición sobre las reservas no fue desafiada por ningún órgano judicial o cuasijudicial sino hasta 1988, cuando la Corte Europea de Derechos Humanos profirió la primera decisión que se apartaba de dicho enfoque[91]. En el sistema universal de derechos humanos de la ONU, el Comité de Derechos Humanos, órgano de monitoreo del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, adoptó ese nuevo enfoque en 1994 a través de su Observación General No. 24. Allí, el Comité expresó que las reglas de la Convención de Viena sobre objeciones a reservas eran inapropiadas para los tratados de derechos humanos, considerando que estos últimos no son una red de intercambios de obligaciones mutuas entre Estados, sino que conceden derechos al individuo y por ende el principio de reciprocidad interestatal no es aplicable[92]. Así, el Comité determinó que era él, y no otros Estados partes, el actor apropiado para determinar si una reserva contravenía el objeto y fin del Pacto, y estableció que la consecuencia de una

89 El juez chileno Alejandro Álvarez emitió una opinión disidente rechazando categóricamente la posición tomada por la mayoría de la Corte. Ver: ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, Dissenting Opinion of M. Álvarez [traducción], ICJ Reports 49.

90 La Comisión de Derecho Internacional expresó lo siguiente en su reporte de 1950: "[…] la Comisión discutió la parte del reporte del relator especial [sobre el derecho de los tratados] referente a las reservas. Hubo acuerdo en gran medida sobre los principios generales referentes a este tema formulados en el reporte, y, particularmente, sobre el punto de que una reserva requiere del consentimiento de por lo menos todas las partes para ser efectiva. […]". Ver: Report of the International Law Commission on its Second Session, junio 5 a julio 29 de 1950, Official Records of the General Assembly, Fifth Session, Supplement No.12 (A/1316), UN Doc. A/CN.4/34, julio 1950, párrafo 164. (*traducción de los autores*)

91 Belilos *vs.* Switzerland, merits, No. 10328/83, ECTHR 1988.

92 Una opinión similar fue sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva de 1982. Ver: Corte IDH, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párrafo 29: "La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".

reserva inaceptable sería la consideración independiente (*severability*) de dicha reserva, siendo aplicable el tratado sin beneficio de la reserva[93].

La adopción de esta observación general generó un interesante debate, donde los gobiernos de Estados Unidos, el Reino Unido y Francia reaccionaron de manera combativa, rechazando el nuevo enfoque. Notablemente, Estados Unidos expresó que dicho enfoque iba en contravía de la práctica y los principios jurídicos establecidos, haciendo énfasis en que las reservas son parte esencial del consentimiento estatal a ser sometido a una obligación, siendo el consentimiento un principio fundamental del derecho de los tratados[94]. Posteriormente, el relator especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre las Reservas a los Tratados coincidió con esta posición[95]. No obstante, autores como Ryan Goodman promueven una posición intermedia, según la cual la consideración independiente de una reserva inválida se presumiría, a menos que hubiera evidencia de que el Estado que la formuló tenía la intención de no ser obligado por el tratado si la reserva resultara inaplicable[96]. En el desarrollo más reciente, la Comisión de Derecho Internacional adoptó una posición conciliadora, aunque últimamente de tendencia más liberal que constitucional: la *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados,* adoptada por la Comisión en el 2011, acoge un enfoque similar al propuesto por Goodman, aunque especificando que el Estado autor de una reserva inválida puede expresar *en cualquier momento* su intención de no ser obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva[97].

Como vemos, este debate sigue abierto. Aunque la Comisión de Derecho Internacional ha optado por un punto aparentemente intermedio, órganos judiciales y cuasijudiciales han preferido un enfoque acorde con una visión

93 Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, General Comment No. 24, noviembre 4 de 1994, párrafos 17-18.

94 Ver: Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest…*, pp. 347-348.

95 Ver: Second Report on Reservations to Treaties, de Mr. Alain Pellet, Special Rapporteur. Topic: Law and Practice Relating to Reservations to Treaties, UN Doc. A/CN.4/477 & Corr.1 & 2 yAdd.1 & Corr.1-4, mayo 10 y junio 13 de 1996, párrafos 227-229, 252.

96 Ryan Goodman, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent", en *American Journal of International Law,* 2002, Vol. 96.

97 Ver: Texto y título de los proyectos de directriz que integran la *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados,* elaborados por el Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados los días 26 a 29 de abril y 4, 5, 6, 10, 11, 12, 17 y 18 de mayo del 2011, UN Doc. A/CN.4/L.779, 19 de mayo del 2011, parágrafo 4.5.3. Adicionalmente, si un órgano de monitoreo de un tratado observa que una reserva es inválida y el Estado desea no ser obligado por el tratado sin el beneficio de la reserva, éste debe expresarlo en un plazo de doce meses. *Ibídem.*

constitucional del derecho internacional, según la cual los derechos conferidos al individuo pueden llegar a primar por encima del consentimiento estatal. A pesar de esto, tanto Estados como importantes comentaristas[98] han rechazado este nuevo modelo de reservas.

Sujetos del derecho internacional

Los sujetos del derecho internacional son otro aspecto en que las respuestas del derecho internacional son afectadas por las diversas visiones sobre la sociedad internacional. La cantidad y la clasificación de sujetos en el derecho internacional han variado a través del tiempo y también varían entre doctrinantes. Una manera interesante de observar la tensión entre visiones de la sociedad internacional puede ser, en lugar de explorar los sujetos en sí, estudiar los argumentos utilizados para dar vida a uno u otro sujeto. Como se verá a continuación, aunque los individuos en distintos momentos han sido considerados como sujetos del derecho internacional, ha variado la manera en que su personalidad jurídica se argumenta y justifica. Esta variación se da precisamente por la diversidad de concepciones sobre la estructura y las características de la sociedad internacional.

En este orden de ideas, primero miraremos la concepción clásica de los sujetos de derecho internacional, la cual está construida alrededor de los Estados como el sujeto primario. En segundo término, pasaremos a la llamada "concepción sociológica", en la cual la existencia de los sujetos depende de la voluntad de los Estados. En un tercer punto examinaremos la concepción positivista en la cual la existencia y validez de los sujetos depende objetivamente del sistema jurídico como tal. Finalmente, miraremos dos tendencias modernas sobre los sujetos del derecho internacional.

El Estado como "sujeto primario"

El lugar del Estado como *el* sujeto de la sociedad internacional fue concebido, por oposición a los individuos y/o comunidades, por Emmerich de Vattel. Si bien el discurso jurídico europeo de principios de siglo XIX no acogió inmediatamente esta idea, para el siglo XX ya ésta se había consolidado. La mejor expresión de esta noción clásica de los sujetos se encuentra en uno de los pasajes más famosos de la jurisprudencia del derecho

98 Además del relator especial Alain Pellet, ver: Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest…*, pp. 348-349.

internacional en el caso del *s.s. Lotus*, en el cual la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo no sólo que "el derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes", sino que "la restricción a la soberanía de los Estados no se puede presumir"[99].

De manera contemporánea al caso del *s.s. Lotus*, se consideraron otros dos casos en los cuales se necesitó que la Corte Permanente de Justicia Internacional decidiera quiénes eran los sujetos que componían la sociedad internacional. El primero de éstos se trata de la opinión consultiva en el caso de la *Jurisdicción de las Cortes de Dánzig*. La Ciudad Libre de Dánzig había sido puesta bajo la protección de la Sociedad de Naciones y bajo la administración de Polonia en virtud del artículo 104 del Tratado de Versalles, y cualquier diferencia entre la Ciudad Libre y el Gobierno de Polonia era resuelta en primera instancia por el Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones, y en segunda instancia por el Consejo de la Sociedad de Naciones. En este caso, la Administración Ferroviaria Polaca había sido demandada, en materia laboral, en las cortes de la Ciudad Libre, por los individuos que habían pasado de ser empleados de ésta a ser empleados del Gobierno de Polonia. Las cortes de Dánzig se habían declarado competentes para conocer de las demandas, a lo cual el Gobierno de Polonia había objetado. En primera instancia, el Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones había decidido que las cortes de Dánzig carecían de jurisdicción, por lo cual la Ciudad Libre decidió apelar al Consejo de la Sociedad de Naciones, la cual a su vez formuló una solicitud de opinión consultiva a la Corte Permanente de Justicia Internacional en esta materia. Para la Corte, el caso giraba en torno a la posibilidad de derivar derechos y obligaciones en beneficio de los trabajadores de la Administración Ferroviaria Polaca directamente del acuerdo entre la Ciudad Libre y el Gobierno de Polonia (el *Beamtenabkommen*). Al respecto, la Corte consideró que "fácilmente se puede admitir que, de acuerdo con un principio plenamente establecido en el derecho internacional, el *Beamtenabkommen*, un acuerdo internacional, no puede, como tal, crear derechos y obligaciones para personas privadas"[100].

Un año después, en el caso de los *Préstamos Serbios*, la Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo que decidir la moneda en la cual debían pagarse unos bonos emitidos por el Gobierno de Serbia y tenidos por nacionales franceses. En este caso se aplicó la presunción en contra de la creación de derechos y obligaciones individuales adoptada en la decisión de *Jurisdicción*

99 *The Case of the s.s. "Lotus"* (Turkey/France), 1927 PCIJ Ser. A, No. 10, p. 18.
100 *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928 PCIJ Ser. B, No. 15, pp. 17-18.

en las Cortes de Danzig, para concluir que un acuerdo entre un Estado y un ente privado no sólo podría ser regido bajo el derecho doméstico, y por lo tanto concluyó que el derecho aplicable era el derecho serbio[101].

Estos tres emblemáticos casos, que aparecen comúnmente como ejemplos de la percepción liberal sobre derecho internacional, representan la noción más estatal de los sujetos, en la cual el derecho internacional regula exclusivamente las relaciones entre Estados, y cualquier transacción que incluye una parte no estatal tiene que estar regulada por derecho doméstico.

En esta fase de la jurisprudencia de la Corte Permanente, incluso los términos de los tratados que podían tender a regular relaciones entre Estados e individuos eran ignorados o minimizados, pues, por definición, un tratado regido por el derecho internacional no podría a la vez regir relaciones jurídicas entre un sujeto (Estado) y un no sujeto (individuo). La relación estado-individuo se veía como una mezcla de dos mundos que tendrían que estar completamente separados.

La aproximación sociológica a los sujetos

Por oposición a la aproximación clásica en la cual el Estado es el único sujeto de derecho internacional, a mediados de siglo XX se empezó a consolidar lo que se ha llamado la visión "sociológica" de los sujetos, en la cual el Estado deja de ser el único actor de la obra, para convertirse en el protagonista de una obra con otros actores de reparto.

Bajo esta idea, la existencia de un sujeto depende de la voluntad de los Estados. En otras palabras, los sujetos de derecho internacional distintos a los Estados existen porque así lo han decidido los Estados. La mejor expresión de esta noción se encuentra en la opinión consultiva de las *Reparaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*.

En esta opinión consultiva se le preguntaba a la Corte Internacional de Justicia si las Naciones Unidas, como organización internacional, estaban en la capacidad de hacer reclamaciones a un Estado por daños a sus funcionarios. Para esto, tenía que determinar la capacidad jurídica para actuar de la organización, y específicamente su personería jurídica. En la opinión es llamativo el fundamento normativo que justificaba la existencia de las organizaciones internacionales: "[…] la opinión de la Corte es que cincuenta Estados, que representan la vasta mayoría de los miembros de la comunidad

101 *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes/France), 1929 PCIJ Ser. A, No. 20, p. 41.

internacional, tenían el poder, de acuerdo con el derecho internacional, de crear una entidad que poseyera personería jurídica objetiva, y no sólo la personería reconocida por ellos, junto con la capacidad de incoar acciones internacionales"[102].

Otra interesante expresión de la aproximación sociológica a los sujetos fue adoptada por la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el caso de la *Fiscalía c. Blagoje Simić, et al*. En el caso se buscaba establecer la responsabilidad penal de ciertos individuos por actos cometidos en Bosnia. Uno de los testigos del caso había sido funcionario del Comité Internacional de la Cruz Roja y había tenido conocimiento de los hechos sobre los cuales estaba llamado a declarar en el ejercicio de su función oficial. Aunque el Comité Internacional de la Cruz Roja es una persona jurídica privada y de derecho interno, constituida bajo la legislación doméstica suiza, éste argumentó que era inmune al ejercicio de jurisdicción del Tribunal en virtud del derecho internacional consuetudinario. En su decisión, la Sala de Primera Instancia del Tribunal concluyó que "[e]s ampliamente aceptado que el Comité Internacional de la Cruz Roja, una organización humanitaria independiente, disfruta de un estatus especial en el derecho internacional, con base en el mandato conferido por la comunidad internacional"[103], y en el pie de página aclaratorio a esta afirmación sostiene que "es ampliamente reconocido que, aunque se trata de una organización privada bajo el derecho suizo, el Comité Internacional de la Cruz Roja tiene personería jurídica".

Esta aproximación no era tan extrema como la aproximación clásica de la primera mitad del siglo xx, pero en todo caso siguió reflejando una visión esencialmente liberal del derecho internacional. En esta visión, los sujetos del derecho internacional distintos a los Estados sólo existen porque los Estados así lo han querido. Sin embargo, también tiene algunos visos constitucionales, pues la voluntad de crear nuevos sujetos no necesariamente surge de los Estados, sino de la sociedad como un ente distinto a los Estados.

La aproximación positivista a los sujetos

En competencia con las nociones que se concentran en los Estados y su voluntad, la aproximación positivista a los sujetos y su personería jurídica es

102 ICJ, *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1948, ICJ Reports 174, p. 185.

103 ICTY, *Decision on the Prosecution Motion Under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness*, Prosecutor *vs*. Simic, *et al.,* (IT-95-9), Trial Chamber, octubre 17 del 2003, parágrafo 46.

derivada de la teoría liberal del derecho internacional, donde la existencia y capacidad de los sujetos depende de la validez de las normas que los crean. En la concepción clásica de los sujetos, éstos son titulares de derechos y obligaciones por el mero hecho de su existencia. En la concepción positivista de los sujetos, éstos son titulares de derechos y obligaciones en virtud del propio sistema que así se los confiere.

Los ejemplos más ilustrativos de esta teoría son dos casos con un patrón fáctico casi idéntico y decididos por la Corte Internacional de Justicia, el caso de *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos) y *Avena y Otros Nacionales Mexicanos* (México c. Estados Unidos). En ambos casos, Estados Unidos había detenido a nacionales alemanes y mexicanos, respectivamente, por la comisión de distintos delitos. Igualmente, en ambas ocasiones, se les había condenado a la pena de muerte, sin haberles brindado asistencia consular inmediata, un requisito según el artículo 36(2) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Como Alemania y México no habían agotado los recursos internos, ni habían caracterizado sus pretensiones con fundamento en la protección diplomática, la única manera como la Corte podía encontrar que los casos eran admisibles era si encontraba que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establecía derechos tanto para los individuos como para los Estados. La Corte sostuvo que la Convención "crea derechos individuales para las personas detenidas además de los derechos reconocidos al Estado de origen y, consecuentemente, la referencia a 'derechos' en el parágrafo segundo debe entenderse aplicable no sólo a los derechos del Estado remitente, sino a los derechos del individuo también"[104].

El valor de esta aproximación no está sólo en su pretensión científica del derecho, sino en la reevaluación de la presunción esencialmente estatal de las transacciones internacionales que había establecido la Corte en la opinión consultiva de la *Jurisdicción de las Cortes de Dánzig*, para poner el énfasis sobre los derechos conferidos por el propio sistema jurídico. En todo caso, las tres aproximaciones señaladas comparten un énfasis en la centralidad del Estado en la sociedad internacional y la importancia de su voluntad. A diferencia de la manera en que las obligaciones internacionales han sido concebidas desde una óptica multilateral, una revolución similar no ha ocurrido con respecto a los sujetos de derecho internacional. Aún hoy es posible afirmar con seguridad que el Estado es el sujeto primario del derecho internacional.

104 ICJ, *LaGrand* (Germany *vs.* United States), Judgment (2001) ICJ Reports 466, parágrafo 89.

Tendencias modernas de los sujetos

Sin embargo, podemos identificar dos tendencias minoritarias que buscan reevaluar por completo la concepción de sujetos del derecho internacional público. La primera ya la hemos mirado en algún detalle, y obedece al resurgimiento de Grocio y la filosofía natural de los siglos XVI y XVII, de las manos de Hersch Lauterpacht y, de manera más contemporánea, de Antônio Cançado Trindade. Estos autores enfatizan la identidad esencial entre individuos y Estados, y buscan volver al individuo el sujeto principal del derecho internacional. Estas aproximaciones buscan volver a una sociedad internacional que no es pensada en función de los Estados sino de las personas, y que no se concibe para lograr la armonía entre los intereses de los sujetos sino para promover valores universales compartidos entre ellos.

Una segunda corriente, emanada principalmente de la Universidad de Yale en Estados Unidos, y en consecuencia bautizada la "Escuela de New Haven", aboga por una revaluación comprehensiva de la manera de entender el derecho internacional[105]. Esta manera de entender el derecho internacional, introducida al discurso jurídico europeo por Rosalyn Higgins, antigua presidenta de la Corte Internacional de Justicia, sostiene que el derecho internacional es un proceso más que un grupo de reglas, y considera que el derecho internacional público no se trata de una transacción entre sujetos, sino de actores que están interactuando en un proceso autoritativo de toma de decisiones[106]. Judicialmente ha tenido alguna recepción en los casos de *Reineccious et al. c. Bank for International Settlements*[107] y el inmensamente controversial *Sandline c. Papúa Nueva Guinea*[108]. Esta segunda aproximación apunta hacia una visión diferente de la sociedad internacional que sigue estando basada en los intereses de los Estados. La diferencia tiene que ver con la manera en que esos intereses se conceptualizan jurídicamente. En el derecho internacional tradicional, los intereses de los Estados se materializan en reglas. En la Escuela de New Haven lo hacen en procesos.

105 Para una visión histórica de la "Escuela de New Haven" ver: Michael Reisman, "The View from the New Haven School of International Law", en *ASIL Proceedings,* 1992, Vol. 86, pp. 118-125.

106 Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, The Clarendon Press, 1994, p. 81.

107 Permanent Court of Arbitration, Reneccious, *et al. vs.* Bank for International Settlements, Partial Award, 2002. En: http://www.pca-cpa.org/

108 International Tribunal under UNCITRAL Rules, Sandline International Inc. *vs.* Papua New Guinea, Interim Award, 1998, 117 ILR 552, parágrafo 10.1.

Las distintas aproximaciones a la concepción de los sujetos de la comunidad internacional no tienen un momento de nacimiento y otro de muerte. Son distintas posturas en competencia que reflejan a su vez distintas visiones en competencia sobre la sociedad internacional.

Conclusiones

El concepto de "sociedad internacional" es altamente controvertido. El objeto de este capítulo ha sido mostrar cómo las controversias sobre las características y los elementos de la sociedad internacional se desenvuelven en el plano de la teoría y de la práctica del derecho. Como se ha podido observar, las distintas visiones de la sociedad internacional han ganado tracción de manera diferente en distintos campos doctrinales. En la estructura de las obligaciones se ha observado un decisivo giro hacia el multilateralismo, pero en la definición de los sujetos, el derecho internacional ha permanecido en gran parte con una visión liberal. La indefinición en esta materia no debe verse como una debilidad o desventaja. Por el contrario, es un terreno propicio para construir. Si algo puede concluirse del recuento hecho en este capítulo, es que las configuraciones actuales en la sociedad internacional no han surgido de la necesidad sino de la contingencia. En el estudio del derecho internacional pueden surgir muchos otros mundos posibles, cuya exploración y construcción es una gran oportunidad de estudio y desarrollo académico.

Bibliografía

Al-Adsani *vs*. United Kingdom, merits, No. 35763/97, ECHR, 2001.

Alain Pellet y Daniel Müller, "Reservations to Human Rights Treaties: Not an Absolute Evil…", en Ulrich Fastenrath, *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma,* Oxford, Oxford University Press, 2011.

Alain Pellet, Special Rappporteur. Topic: "Law and Practice relating to Reservations to Treaties", UN Doc. A/CN.4/477 & Corr.1 & 2 and Add.1 & Corr.1-4, mayo 10 y junio 13 de 1996.

Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

Antônio Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye,* 2005, Vol. 316.

Anthony D'Amato, "It's a Bird, it's a Plane, it's Jus Cogens!", en *Connecticut Journal of International Law,* 1990, Vol. 6.

Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, en *Yearbook of the International Law Commission,* 2001, Vol. II.

Bardo Fassbender, "The United Nations Charter As Constitution of The International Community", en *Columbia Journal of Transnational Law,* 1998, Vol. 36.

Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights*, Michigan, Eerdmans Publishing Co., 2001.

Benedict Kingsbury, Nico Krisch & Richard B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", en *Law and Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68.

Belilos *vs.* Switzerland, merits, No. 10328/83, ECTHR, 1988.

Boutros Boutros-Ghali, "A Grotian Moment", en *Fordham International Law Journal,* 1995, Vol. 18.

Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 1994, Vol. 250.

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

Christian von Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, J.H. Drake (trad.), Oxford, The Clarendon Press, 1934.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 331 U.N.T.S. 1155, artículo 53, mayo 23 de 1969.

David Kennedy, "Primitive Legal Scholarship", en *Harvard International Law Journal,* 1986, Vol. 27.

Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law", en *The American Journal of International Law,* 2006, Vol. 100.

Emmerich de Vattel, "The Law of Nations, or the Principles of Natural Law, applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and Sovereigns", C.G. Fenwick (trad.), Washington, Carnegie Institute, 1916.

Erika de Wet, "The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order", en *Leiden Journal of International Law,* 2006, Vol. 19.

Francisco de Vitoria, "De Indis et de Ivre Belli Relectiones", Ernest Nys (ed.), Washington, Carnegie Institute, 1917.

__ "On Civil Power", en Anthony Pagden y Jeremy Lawrance (eds.), *Vitoria: Political Writings,* Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

Francisco Suárez, "Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore!", Nápoles, Ex Typis Fibrenianis, 1872.

Hans Morgenthau, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1978.

Hedley Bull, "The Importance of Grotius", en Hedley Bull, *et al.* (eds.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, The Clarendon Press, 2002

Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", en *British Yearbook of International Law,* 1946, Vol. 28.

__ "Règles générales du droit de la paix", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye,* 1937, Vol. 62.

Hugo Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, F.W. Kelsey (trad.), Oxford, The Clarendon Press, 1646.

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, séptima edición, 2008.

Iain Scobbie, "Tom Franck's Fairness", en *European Journal of International Law,* 2002, Vol. 13.

ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium *vs.* Spain), Judgment, ICJ Reports 3, 1970.

__ *LaGrand* (Germany *vs.* United States), Judgment, ICJ Reports 466, 2001.

__ *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 174, 1948.

__ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 15, 1951.

__ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion*, Dissenting Opinion of M. Alvarez [traducción], ICJ Reports 49, 1951.

ICTY, *Decision on the Prosecution Motion Under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness*, Prosecutor *vs.* Simic, *et al.,* (IT-95-9), Trial Chamber, octubre 17 del 2003.

IDH, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Serie A No. 2, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982.

International Tribunal under UNCITRAL Rules, Sandline International Inc. *vs.* Papua New Guinea, Interim Award, 117 ILR 552, 1998.

James Crawford, "Multilateral Rights and Obligations in International Law", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 2006, Vol. 319.

Jan Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Johan Caspar Bluntschli, *Das Moderne Völkerrecht der Civilisierten Staaten*, Nordlingen, C.H. Beck, 1878.

John Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case", en *Oxford Journal of Legal Studies,* 1996, Vol. 16.

John Westlake, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1910.

José E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.

Juan Antonio Carrillo Salcedo, "Droit International et Souveraineté des États", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye,* 1996, Vol. 257.

Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Londres, Longmans Green & Co, 1912.

Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, Nueva York, Universidad de Columbia, 1979.

Malcolm Shaw, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Markus Petsche, "Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order", en *Penn State International Law Review,* 2010, Vol. 29.

Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2005.

Michael Reisman, "The View from the New Haven School of International Law", en *ASIL Proceedings,* 1992, Vol. 86.

Pasquale Fiore, *Le Droit International Condifié et sa Sanction Juridique*, París, Chevalier Marescq et cie, 1890.

PCIJ Ser. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes/France), 1929.

__ Ser. Jurisdiction of the Courts of Danzig, B, No. 15, 1928.

__ Ser. The Case of the s.s. "Lotus" (Turkey/France), 1927.

Permanent Court of Arbitration, Reneccious, *et al. vs.* Bank for International Settlements, Partial Award. En: http://www.pca-cpa.org/, (2002).

Peter Haggenmacher, *Grotius et la Doctrine de la Guerre Juste*, París, Presses Universitaires de France, 1983.

Peter Malanczuk, *Akehurst's. Modern Introduction to International Law,* Londres, Routledge, 1997.

Philip Allot, *The Health of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Philippe Sands y Pierre Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001.

Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law? ", en *The American Journal of International Law,* 1983, Vol. 77.

Randal Lesaffer, "The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law", en *British Yearbook of International Law*, 2002, Vol. 73.

René Urueña, "Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global", *en Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes,* 2010, Vol. 24.

Report of the International Law Commission on its Second Session, junio 5 a julio 29 de 1950, Official Records of the General Assembly, Fifth Session, Supplement No. 12 (A/1316), UN Doc. A/CN.4/34, julio 1950, párrafo 164.

Richard Tuck, *The Rights of War and Peace*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

Robert Kolb, *An Introduction to the Law of the United Nations*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, The Clarendon Press, 1994.

Ryan Goodman, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent", en *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96.

Theodor Meron, "International Law in the Age of Human Rights", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 2003, Vol. 301.

Thomas Franck, "Fairness in the International Legal and Institutional System", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1993, Vol. 240.

__ "The Emerging Right to Democratic Governance", en *American Journal of International Law,* 1992, Vol. 86.

__ "Legitimacy in the International System", en *American Journal of International Law,* 1988, Vol. 82.

CAPÍTULO 4

¿Hay lugar para lo sagrado en derecho internacional?

Mónica García-Salmones

Introducción

El lugar para lo sagrado es la verdad. La verdad es descrita en la post-modernidad como algo que sólo se puede prometer al *otro*[1]. Esto es decir mucho —la verdad es social—, aunque no revela suficiente sobre la esencia de la verdad. "Qué es la verdad?"[2], preguntó en frase histórica el escéptico por excelencia, Poncio Pilato, durante el juicio en que debía dar sentencia sobre la condena a muerte o no de Jesucristo. Su pregunta fue retórica ya que no buscaba respuesta; quería mantenerse *neutral*, y por eso hizo que otros decidieran por él. El comentario que hace el jurista y filósofo Hans Kelsen sobre este pasaje de los Evangelios nos pone frente a la decisión sobre si hay verdad o no en un sentido absoluto. A pesar del relativismo que subyace en general en sus obras, Kelsen en este caso deja una puerta abierta a la Verdad con mayúscula. Su conclusión es que si alguien busca la verdad y la encuentra, no debe ponerla a votación sino pelear por ella[3]. Otras definiciones que emplean los filósofos sobre la verdad como un

1 Jacques Derrida, "Sobre la mentira en política", entrevista a Jacques Derrida de Antoine Spire en *Staccato*, programa televisivo de France Culturel, 7 de enero de 1999; traducción de Cristina de Peretti y Francisco Vidarte. Edición digital de *Derrida en castellano*. En: http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/mentira_politica.htm (consultada el 3 de diciembre del 2013).

2 "Pilato entonces le dijo: ¿Así que tú eres rey? Jesús respondió: Tú dices que soy rey. Para esto yo he nacido y para esto he venido al mundo, para dar testimonio de la verdad. Todo el que es de la verdad escucha mi voz. Pilato le preguntó: ¿Qué es la verdad?", *Juan 18*, 37-8.

3 Hans Kelsen, "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", en 42 *The American Political Science Review*, 1948, pp. 906-914, en 914.

"evento"[4] o como "el ser"[5] son demasiado abstractas para servir de punto de partida en una exposición sencilla y elemental de la cuestión. Sigamos, pues, una línea más propia de juristas y digamos de momento que la verdad es algo que debe buscarse.

Tampoco la pregunta de qué es lo sagrado se resuelve de una manera inmediata. Hace ya unas cuantas décadas, Roger Caillois comenzaba su libro *L'homme et le sacré* con un cierto tono de disculpa ante la dificultad de establecer una definición de lo sagrado[6]. La única afirmación válida que admitía en un mar de hechos y teorías era decir que lo sagrado es lo distinto a lo profano. ¿Dónde estaba el problema para Caillois? Fundamentalmente, la dificultad se centraba en describir con claridad un espacio teórico de la naturaleza y condiciones que juegan en la dinámica entre lo sagrado y lo profano. ¿Debería uno comenzar a producir una monografía tras otra sobre las relaciones producidas entre lo sagrado y lo profano en las numerosas sociedades actuales e históricas? Ciertamente eso sería tarea no de una vida sino de muchas vidas y sólo el pensamiento de semejante proyecto se presentaba descorazonador para el autor francés. Así, en vez de proceder a la elaboración de una "morfología" de lo sagrado, Caillois decide escribir una "sintaxis" que enseñe a coordinar los diversos términos que se utilizan para expresar conceptos sobre lo sagrado. En la base de esta gramática sobre lo sagrado, Caillois encuentra imposible evadir la cuestión metafísica. "El problema de lo sagrado me parece que incumbe algo que es profundo y básico en el hombre"[7].

Más recientemente, el renombrado jurista Joseph H.H. Weiler ha dedicado también un esfuerzo importante a pensar sobre el tema de lo sagrado dentro del marco más concreto de la tradición judeo-cristiana:

> Las categorías religiosas más puras, aquellas que en el mundo secular no tienen equivalentes ni correspondientes, son la santidad y la sacralidad. Reducir

4 Alain Badiou, "On the Truth Process: An Open Lecture", agosto 2002. En: http://www.egs.edu/faculty/alain-badiou/articles/on-the-truth-process/ (consultada el 3 de diciembre del 2013); Peter Hallward, *Badiou: a Subject to Truth*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2003, pp. 108-110.

5 Martin Heidegger, *Sein und Wahrheit*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2001; Thomas Sheehan, "Heidegger", en Robert L. Arrington (ed.), *A Companion to the Philosophers*, Oxford, Blackwell, 1999, pp. 288-297; Etienne Gilson, *El ser y los filósofos*, Navarra, Eunsa, 1979; Ignacio Falgueras Salinas, "Heidegger en Polo", en *Studia poliana*, No. 6, 2004; Carlos Ortiz de Landázuri, "La autodestruccion de la crítica del sentido en Wittgenstein y Heidegger", en *Anuario Filosófico,* 2000, Vol. 33, p. 833.

6 Roger Caillois, *L'homme et le sacre*, París, Gallimard, 1950.

7 *Ibídem,* pp. 13-14.

> la religión a la acción social quiere decir disminuir fatalmente el significado de santidad y sacralidad. Naturalmente la santidad y la sacralidad no están separadas de la ética y de la moral. Lo que es inmoral e ilícito es antitético de la santidad y de la sacralidad. Pero santidad y sacralidad denotan algo más[8].

Al desglosar los versículos 18 y 19 del *Levítico,* Weiler descubre contenidos, una junto a los otros, la ética y los sacramentos, ambos formando una unidad en lo sagrado: "Sed santos, porque yo, Yahvé vuestro Dios, soy santo"[9].

Weiler hace varias afirmaciones que, al fin y al cabo, no andan lejos de la línea seguida por Caillois. Lo sagrado, nos dice, no se confunde con la moral, sino que es una categoría que no podemos encontrar como tal en un mundo teórico puramente secular. De la misma manera que el autor francés, Weiler resalta también la distinción entre lo sagrado y lo profano.

Como anota Caillois, en todas las sociedades que poseen una visión religiosa del mundo lo sagrado es algo exterior al hombre, así, aparece como poder o gracia[10]. En cuanto extrínseco al hombre, lo sagrado, por su propia naturaleza, requiere respeto. Por ejemplo, se habla de que la vida es sagrada. Y lo es porque la vida nos viene a cada uno dada como un regalo. En efecto, se puede describir de muchas maneras al autor de la vida, excepto una, la de autodonante: nadie se da la vida a sí mismo. Aquí nos interesa no tanto la vida, sino la vida en cuanto sagrada, que, siguiendo el razonamiento de Caillois y Weiler, es algo distinto a ésta considerada como un mero proceso biológico. Una muestra de la diferencia que existe según se tome este punto de vista o no, se encuentra en la irrelevancia que adquire la vida en esferas de pensamiento puramente profanos. Por ejemplo, un terrorista, un torturador, o cualquier otro que ataque una vida inocente o indefensa, es decir fuera del caso de legítima defensa, sabe que ante sí hay vida. Su comportamiento denota que considera la vida *vida*, pero que *eso* no lo toma como algo sagrado.

Por otro lado, tampoco se puede establecer una diferencia radical entre las dos categorías objeto de examen, lo sagrado y lo profano. Volviendo a Weiler, aunque los sagrado no se identifica con la justicia social ni con la moral —es "algo más"—, lo inmoral y lo ílicito se revelan contrarios a

8 Joseph H.H. Weiler, "La tradición judeo-cristiana entre fe y libertad", en J Ratzinger, *et al., Dios salve la razón*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2008, pp. 185-199, p. 191.

9 Sobre la santidad, también de Weiler ver: Joseph H.H. Weiler, Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Navarra, 27.10.2011. En: http://www.unav.edu/documents/10174/270156/discurso_joseph_weiler_20111027.pdf (consultada el 3 de diciembre del 2013).

10 Caillois, *L'homme et le sacre*, p. 116.

lo sagrado. Lo sagrado no acepta lo inmoral, no cabe lo sagrado inmoral. Este punto es interesante porque nos señala que, aún siendo lo sagrado lo totalmente otro, *lo santo,* existe un contexto teórico-existencial que enlaza lo secular y lo sagrado.

En el comienzo de la modernidad, marcado por la disolución de la unidad cristiana y las guerras de religión, lo sagrado se convierte, no en una cuestión política, sino en un problema político con implicaciones que el derecho de Occidente es incapaz de resolver cuando rechaza el recurso a la autoridad superior de Roma[11]. Los juristas dirigen su mirada entonces hacia soluciones humanistas en las que se entremezclan ideas perspicaces con visiones mundanizadas del derecho, alejadas de los ideales de justicia, bondad y santidad[12]. Los juristas, comenzando con Hugo Grocio, el llamado fundador del derecho internacional, pusieron gran enfásis en ese momento en resaltar la importancia del vínculo entre lo sagrado y lo secular y en la tendencia a fusionar ambos. De este modo, surge una fuerte preferencia por descubrir a Dios en la razón y por hallar lo sagrado en lo racional[13]. El riesgo habitual de querer reducir a Dios a la razón humana y humanizar lo sagrado en una forma racionalista de ley natural se verifica en los modernos.

No pasaría mucho tiempo antes de que, en el desarrollo histórico de la corriente de pensamiento racionalista, lo sagrado fuera integrado y subsumido dentro de lo secular. En las expresiones más radicales del proceso de secularización iniciado con la modernidad, Dios desaparece por completo del panorama intelectual tanto implícita como explícitamente. Aumenta la *sospecha* ante lo sagrado en su sentido más puro, que se identifica exclusivamente como un elemento de manipulación del poder y como un impedimento para el verdadero conocimiento. Es decir, en una cultura que carece de una visión religiosa del mundo, lo sagrado se interpreta como un elemento profano más.

11 Mónica García-Salmones y Luis Eslava, "Jurisdictional Colonisation in the Spanish and British Empires: Some Reflections on a Global Public Order and the Sacred", en *Select Proceedings of the European Society of International Law,* 2008*,* Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 53-81; Walter Ullmann, "This Realm of England is an Empire", en *Journal of Ecclesiastical History*, Vol. 30, 1979, p. 175.

12 La introducción del nuevo fundamento comercial-mundano del derecho internacional que lleva a cabo Grocio está magistralmente descrita en Martti Koskenniemi, "International Law and the Emergence of Mercantile Capitalism", en P.M. Dupy y V. Chetail (eds.), *The Foundations of International Law/Les fondements du droit international,* Liber Amicorum Peter Haggenmacher, Boston/Leiden, Brill, 2013.

13 Sobre Grotius como autor que secularizó la ley natural, Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", en *British Yearbook of International Law,* 1946, Vol. 23, p. 24.

En su momento culmen de desencanto y transición, la modernidad refleja la angustia que produce lo "sólo profano". El superhombre de Nietzsche puede ser descrito como un intento desesperado de la intelectualidad en la modernidad tardía de recuperar lo sagrado, de reencontrar la esencia del hombre, volviéndose hacia el mismo hombre, porque todo lo externo a él ha sido ya puesto bajo sospecha[14]. Los terribles efectos producidos por el hombre que se considera fuente de lo sagrado y por tanto del bien y del mal, que da y arrebata la vida, fueron especialmente visibles en el siglo xx, en el mal a gran escala causado por los totalitarianismos hitlerianos y estalinistas. Así mismo son visibles en las políticas secularistas de la "cultura de la muerte". Esta expresión empleada por Juan Pablo II hace referencia a los materialismos prácticos que surgen como consecuencia del "eclipse del sentido de Dios y del hombre" y de la desorientación que esto produce con respecto al misterio de la vida humana[15].

La "borrachera de razón" de los modernos, y en particular de los juristas entre aquellos, ahogó lo sagrado a fuerza de quitarle su espacio propio en la esfera intelectual. Esta situación no ha cambiado en la postmodernidad. En tanto que lo sagrado se refiere a una *realidad externa* al hombre, como se mencionó antes, las filosofías relativistas de la modernidad y postmodernidad, que aseguran que el hombre es incapaz de captar la realidad, carecen de herramientas a la hora de conceptualizar lo referente a la sacralidad.

La corriente dominante de derecho internacional arrastra todavía su origen en filosofías positivistas, empiricistas y analíticas en las que se entremezclan principios de filosofía inmanentista e idealista, cerradas a la transcendencia. No es de extrañar, por tanto, que habitualmente el derecho internacional evite la cuestión de lo sagrado[16]. La pregunta surge por tanto

14 Friedrich Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse*, Leipzig, Alfred Kröner Verlag, 1930. Sobre Nietzsche como un "filósofo de la sospecha" ver: Monica Funke, *Ideologiekritik und ihre Ideologie bei Nietzsche*, Stuttgart-Bad, Frohmann-Holzboog, 1974; Leonardo Polo, *Nietzsche como pensador de dualidades*, Pamplona, Eunsa, 2005; la idea de que Nietzsche busca lo divino en el hombre, en Julieta Lizaola, *Lo sagrado en el pensamiento de María Zambrano*, México, Ediciones Coyoacán/FFyL UNAM, 2008.

15 Juan Pablo II se refiere a las políticas pro aborto y eutanasia en *Evangelium Vitae*, Encíclica sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana. En: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html (consultada el 3 de diciembre del 2013).

16 Una estrategia que se utiliza frecuentemente es la de diseñar el enunciado de los temas a tratar, de forma que no haya que tocar cuestiones más allá del estricto derecho positivo. Por ejemplo, en derechos humanos se habla de "protección internacional de derechos humanos", poniendo el énfasis en "protección", que, como bien dice Steiner, no deja de ser problemático, Henry J. Steiner, "International Protection of Human Rights", en Malcolm D. Evans, *International Law,* Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 754. Ver también: Verzijl, donde

de nuevo: ¿hay lugar para lo sagrado en el derecho internacional? En este ensayo nos proponemos explorar este gran tema.

En primer lugar se procederá a un examen histórico-legal de las soluciones propuestas al comienzo de la modernidad para resolver la dinámica entre lo sagrado y lo profano, en un intento de *gobernar lo sagrado* en el derecho moderno. Hugo Grocio y Tomás Hobbes produjeron contribuciones perdurables a la política de controlar lo sagrado sometiéndolo junto con los demás poderes en la sociedad civil, en el caso de Grocio, o haciendo desaparecer lo sagrado de la vida secular, en el de Hobbes[17]. En ambos casos se trata de autores cristianos que escriben para un mundo cristiano; a pesar de que hoy vivimos en un mundo global, no es posible negar la influencia que tuvieron Grocio y Hobbes en modelar el escaso lugar que existe para lo sagrado en el derecho internacional actual.

No hay duda de que lo sagrado presenta un desafío para el derecho. ¿Cómo ha de expresarse ese "algo más" en la práctica del jurista? Si consideramos que el derecho internacional debe regular y juzgar la actuación de toda la población mundial, el reto adquiere características globales. Después de la exposición de las propuestas de Grocio para el gobierno de lo sagrado por los modernos, será descrita una opción negativa ante ese desafío, el intento de Hobbes de eliminar lo sagrado de la vida civil y del derecho, que puede tomarse como modelo de una actitud recurrente en la modernidad y postmodernidad. Pero la supresión de lo sagrado de la vida jurídica ofrece un éxito dudoso; antes bien ese empeño se transforma en una fuente de complicaciones. Entre otros efectos produce un tipo de pensamiento que ve en lo sagrado —que, de hecho no se ha consiguido extirpar— el enemigo que impide desarrollar plenamente los diversos campos de lo profano. Varios autores han llamado a este tipo de razonamiento el problema teológico-político[18]. Desde el momento en que lo sagrado es considerado un competidor, los pensadores profanos necesitan de él para poder desarrollar sus teorías; sin enemigo a quien oponerse carecerían de sentido. De ahí el peculiar tono teológico de sus doctrinas.

---

la protección de lugares sagrados por el derecho internacional se trata exclusivamente como una cuestión de derecho positivo, J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1970, Vol. III, pp. 490-494.

17 La relación de Hobbes y Grocio en el estudio de Martin Harvey, "Grotius and Hobbes", en *British Journal for the History of Philosophy*, 2006, Vol. 14, p. 27.

18 La noción de lo "teológico-político" aparece por primera vez en el título del tratado de Spinoza, *Tractatus theologico-politicus,* de 1670; así lo expone Manfred Walther en "Biblische Hermeneutik und/ oder theologische Politik bei Hobbes und Spinoza. Historische Studie bei der Ausdifferenzierung von Religion und Politik in der Neuzeit", en Daniela Bostrenghi (ed.), *Hobbes and Spinoza Science and Politics,* Nápoles, Bibliopolis, 1992, pp. 623-669.

Se concluirá el artículo con una breve reflexión sobre el espacio que puede crearse para lo sagrado cuando la búsqueda de la verdad se convierte en un principio fundamental para el derecho internacional.

El gobierno de lo sagrado

Grocio: el poder secular debe gobernar lo sagrado

Hugo Grocio inauguró en el contexto holandés un area de filosofía política en relación con el problema del poder secular *versus* el poder eclesiástico con su tratado *De imperio summarum potestatum circa sacra*[19]. *De imperio* es un libro teológico-legal, que contiene un tratamiento completo teórico y metódico sobre el gobierno de la iglesia[20]. El origen y suerte del libro lo narra Harm-Jan van Dam en lo que constituye la primera edición crítica del texto. Van Dam explica cómo Grocio, activamente inmerso en las controversias religiosas de los Estados Generales[21], produjo un buen número de breves textos, opiniones y materiales legales, en el primer cuarto del siglo xvii. Grocio actúa frecuentemente de abogado, tanto en cuestiones religiosas como seculares y este hecho imprime un tono apologético visible efectivamente en todas sus obras especulativas, tanto si son de teología como de derecho[22].

La esencia de su postura, que se mantiene a lo largo de los años y que alrededor de septiembre de 1617, escribiendo desde la prisión de Loevestein, Grocio repite de nuevo, es que las autoridades civiles deben escudriñar rigurosamente la palabra de Dios, de manera que no impongan ninguna

19 Hugo Grotius, *De imperio summarum potestatum circa sacra*, edición crítica con introducción, traducción al inglés y comentario de Harm-Jan van Dam, Vol. i, ii, Leiden, Brill, 2001. Van Dam explica que *De imperio* no fue publicado sino hasta dos años después de la muerte de Grocio, aunque había sido escrito en 1618, en su primera versión, y había circulado ampliamente en forma manuscrita previamente.

20 Harm-Jan van Dam, "Introduction", de Hugo Grotius, *De imperio*, pp. 4 y 36. Según Van Dam, la influencia de *De imperio* en autores como Hobbes, Locke y Spinoza no sería difícil de establecer, y no se ha hecho todavía. *Ibídem,* p. 107.

21 Los Estados Generales estaban constituidos por la asamblea de representantes de la nobleza, clero y burguesía de las diecisiete provincias holandesas.

22 Es claramente el caso de Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, 1603, The Online Library Of Liberty Collection, 2009. En: http://oll.libertyfund.org (consultada el 3 de diciembre del 2013). Este hecho lo destaca entre otros Gillaume H.M. Posthumus Meyjes, "Some Remarks on Grotius', Excerpta Theologica. Especially Concerning his Meletius", en Henk J.M. Nellen y Edwin Rabbie (eds.), *Hugo Grotius-Theologian. Essays in Honour of G.H.M. Posthumus Meyjes*, Leiden, Brill, 1994, pp. 4 y 5.

ley, norma o decisión contraviniendo lo que está escrito en las escrituras. De esta manera podrán controlar luego con buena conciencia las iglesias públicas y el culto público[23].

Si bien para Grocio la ley de la escritura es guía segura, el holandés marca la distinción entre los preceptos de ley divina que deben implementarse mediante actos humanos y aquellos que, siendo justos, no son compatibles con el hecho de la aplicación mediante la fuerza. Por esta razón se le considera un intermediario entre los juristas anteriores a él, que tenían una visión religiosa del mundo y los juristas seculares que le siguieron, que se concentran exclusivamente en los preceptos de derecho humano[24]. De hecho, en sus estudios filológicos e históricos, Grocio se empeña en demostrar el valor objetivo de las escrituras defendiendo el argumento de que a ellas se debe adecuar la propia vida, en cuanto que revelan un auténtico mensaje divino. Por otro lado, cuando en su investigación intenta dar mayor valor científico histórico al texto de los Evangelios, su argumento es, al fin y al cabo, escéptico, puesto que niega su carácter sagrado al negar que estén escritos bajo la inspiración del Espíritu Santo[25].

En *De imperio,* Grocio defiende la superioridad de la jurisdicción secular o poderes supremos. Grocio está fundamentalmente preocupado por mostrar que nadie es representante de Cristo en la tierra, y, menos que nadie, ningún representante de una iglesia puede reclamar este cargo. Su insistencia es comprensible, puesto que esto hubiera significado defender, como él hace, la renuncia a la Iglesia de Roma, sólo para caer en brazos de otra iglesia universal. La teoría de Grocio se desarrolla además en un momento especialmente sensible de la historia de Europa, el periodo inmediatamente anterior a las guerras de religión (1618-1648), a las que se puso fin con los tratados de paz de Münster y Osnabrück, conocidos también como la Paz de Westfalia[26].

A pesar de mantener el argumento teológico básico de que nadie puede ser representante de Cristo en la tierra, Grocio se contradice fatalmente

23 De una carta de Grocio citada por Van Dam, "Introduction", de Hugo Grotius, *De imperio,* p. 31.

24 Esta idea en Christoph A. Stumpf, *The Grotian Theology of International Law. Hugo Grotius and the Moral Foundations of International Law,* Berlín, Walter de Gruyter, 2006, pp. 86-97.

25 Según De Jonge, "la secularización de los evangelistas" que realiza Grocio tuvo como resultado la negación de los aspectos sobrenaturales de la fe cristiana. Así "el peligro de una búsqueda apologética de objetividad" produjo el efecto contrario y llevó más bien a posiciones escépticas en posteriores críticas filosóficas. Henk Jan de Jonge, "Grotius' View of the *Gospels* and the Evangelists", en *Hugo Grotius-Theologian*, p. 72.

26 La posición esencial de la cuestión de la soberanía sobre lo espiritual en las negociaciones de Münster, Laura Manzano Baena, "Negotiating Sovereignty: the Peace Treaty of Münster, 1648", en *History of Political Thought*, 2007, Vol. 28, pp. 617-641.

poniendo todo su empeño en probar que las autoridades soberanas seculares *son* los representantes de Cristo en la tierra. Su razonamiento teológico es el siguiente: en primer lugar, Grocio distingue entre las acciones de Cristo al comienzo y las que tienen lugar en un segundo momento, que él llama las acciones intermedias. Las acciones del comienzo son sobre todo de legislación, la promesa de una recompensa eterna y la amenaza del castigo eterno, la institución del ministerio evangélico y los sacramentos que abolen la ley ritual de los judíos. Finalmente, a este tipo de acciones corresponde el juicio real (de rey) de Cristo sobre la absolución de algunos y la condena de otros.

En el caso de las acciones intermediarias de Cristo, Grocio distingue entre aquellas que conciernen al interior del hombre y las que hacen referencia al exterior del hombre. En lo que se refiere a la esfera del interior del hombre, las acciones intermediarias como iluminar, abrir el corazón de algunos, endurecer el de otros, ofrecer ayuda contra las tentaciones o perdonar o no a los hombres sus pecados, no admiten para su realización de sustituto o representante, sino sólo de siervos: pastores, individuos privados, incluso reyes. Un sustituto o representante produce acciones que son de la misma naturaleza que las de la persona representada, pero como se trata de tareas de un sirviente, son sólo de carácter subordinado. Por eso, cuando se dice que un pastor "salva hombres", se trata de una afirmación metafórica. El argumento de Grocio alcanza su clímax en el párrafo siguiente:

> Sin embargo, sólo las acciones reales de Cristo que se refieren al hombre externo permanecen: consisten sobre todo en defender a la Iglesia y librarla de sus enemigos, también en organizarla y embellecerla, y esas acciones son justamente atribuidas a su providencia. La providencia universal de Dios, que cuida de todas las cosas y gobierna sobre todo y ejecuta todo es suficiente por sí misma; sin embargo Dios da prueba de su multiple sabiduría usando de los poderes supremos como sus *sustitutos* para preservar la sociedad común de los hombres (por esta razón a veces estos poderes son llamados "dioses"): así como Dios en su providencia universal hace todo esto, también Cristo en su providencia particular guarda su iglesia, adoptando los mismos poderes como protectores de la fe verdadera, que besan a Cristo, mientras Cristo les imparte también su mismo nombre. Estos son los reyes y nobles que como dice Gregorio Nacianceno, *administran junto a Cristo, gobiernan junto a Cristo*, no compartiendo su poder como iguales (un pensamiento tan impío esté lejos de nosotros) sino como sustitutos[27].

[27] Grotius, *De imperio,* pp. 245-247 *(énfasis fuera del texto original).* Ver, en general, capítulo 4.

Según explica Grocio, la autoridad de los supremos poderes se extiende no sólo a los asuntos seculares, sino también a materias religiosas. Esto lo prueba el jurista holandés con la ayuda de numerosas autoridades tanto filosóficas como con fuentes extraídas de las escrituras[28]. En esencia, Grocio explica que la unidad de las materias que tratan ambas jurisdicciones hace innecesario que estén separadas[29]. El argumento de Grocio es, como se ve, difícilmente compatible con el hecho de que lo sagrado reclama a menudo un derecho de saber y de señorío sobre sí mismo en el mundo[30].

En el capítulo nueve de *De imperio*, que trata sobre la jurisdicción sobre cuestiones sagradas, Grocio afirma específicamente que la jurisdicción sobre lo sagrado pertenece al poder supremo secular —no a cualquier poder, sino al *superior*—. La razón que Grocio aduce para esto es puramente legal: "La jurisdicción está tan íntimamente conectada con la legislación, que es absolutamente imposible para la una existir sin la otra. Así, si la suprema legislación en relación a las cosas sagradas —de Dios— pertenece al soberano, como consecuencia necesaria la jurisdicción también le pertenece al soberano"[31].

Sin embargo, Grocio admite que *existe* una jurisdicción sagrada en tanto que ésta fluye del poder secular. Así el argumento de Grocio, que sin duda es propio de su tiempo, se concentra en los límites de la jurisdicción eclesiástica como poder subsidiario. Esta última nunca puede constreñir al poder supremo legalmente, porque el poder secular supremo "posee todo el poder coercitivo, en cambio, no existe ningún poder coercitivo contra él"[32].

Más de veinte años después de haber escrito *De imperio*, en 1638, Grocio deja traslucir en su correspondencia que los tiempos no estaban maduros para las ideas expuestas en el texto. A pesar de que había compuesto un texto breve sobre el mismo tema abordado en *De imperio* para el parlamento parisino, y, como dice en la carta a su amigo Wtenbogaert, ese texto fue recibido favorablemente por muchos franceses y también apreciado en Polonia, publicar *De imperio* en ese momento podría hacer más daño que bien[33].

28 *Ibídem,* pp. 157-165, en general, capítulo 1.

29 Stumpf, *The Grotian Theology of International Law*, pp. 130-133.

30 Ver, por ejemplo, la manifestación de Jesucristo sobre la necesidad de garantizar la santidad del Templo en *Juan 2*, 13-17.

31 Grotius, *De imperio,* p. 395.

32 Grotius, *ibídem,* p. 431.

33 Grocio citado en Van Dam, "Introduction", de Hugo Grotius, *De imperio*, p. 45.

Puede ser que Grocio tuviera en mente las preparaciones para la Paz de Westfalia que estaban teniendo lugar en las altas esferas políticas de todas las cortes de Europa. Las negociaciones culminaron en una paz laica, en la que la unidad cristiana ya no parece un ideal alcanzable. Los artículos que se refieren a la jurisdicción religiosa adoptados en los tratados de Westfalia no difieren substancialmente del mensaje de Grocio en *De imperio,* que puede resumirse en la propuesta de otorgar el poder supremo sobre cuestiones teológicas a la jurisdicción civil; sin embargo, sí son más radicales que Grocio en sus propuestas para crear un orden puramente secular.

Por un lado en Westfalia se consagra la pluralidad religiosa convirtiendo la regla *aequalitas exacta mutuaque*, paridad religiosa de católicos y protestantes de la confesión de Augsburgo (luteranos y calvinistas), en la norma para las instituciones del imperio[34].

Por otro lado, la Paz de Westfalia resultaría precisamente en una disociación de lo espiritual y de lo político. La desacralización se hace visible en la manera en que la religión es aislada y obligada a mantener su propio orden[35]. Como explica Straumann, la novedad más importante de Westfalia es la prohibición de utilizar argumentos religiosos para justificar la propia acción política y, como consecuencia, el hecho de que se relegan las razones religiosas a la esfera privada de decisión de los súbditos[36]. Así, el tratado establece que, en el futuro, los conflictos sobre la interpretación de los tratados de paz se deberían solucionar tomando como base sólo el texto de los tratados de paz de Münster y Osnabrück, prohibiéndose la protesta con argumentos externos al texto, rompiendo así explícitamente con la tradición de "la custodia eclesiástica" sobre los asuntos políticos[37]. Del "escrutinio de las escrituras" que proponía Grocio para asegurar que el poder civil acertase en las decisiones tocantes a temas religiosos, pasamos al estudio del texto del tratado, producido por hombres, y la exclusión de la posibilidad de arguir con razones teológicas o de fe.

34 Alphonse Dupront, "De la Chrétienté á l'Europe: La passion westphalienne du nonce Fabio Chigi", en *Forschungen und Studien zur Geschichte des Westfälischen Friedens*, Münster, Verlag Aschendorff, 1965, p. 72; Joachim Whaley, *Germany and the Holy Roman Empire,* Vol. I: Maximilian I to the Peace of Westphalia, 1494-1648, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 623-626.

35 Dupront, "De la Chrétienté á l'Europe", pp. 74 y 78.

36 Benjamin Straumann, "The Peace of Westphalia as a Secular Constitution", en *Constellations*, 2008, Vol. 15, p. 184.

37 Veáse el comentario de Straumann sobre la claúsula antiprotesta en el tratado de Osnabrück, artículo 5 § 1, que impide la protesta externa a lo establecido en el tratado, Straumann, "The Peace of Westphalia as a Secular Constitution", p. 180.

Hobbes: la jurisdicción civil sustituye lo sagrado

La propuesta que Hobbes dirige al gobierno para el manejo de los asuntos políticos y religiosos está contenida de manera acabada en *Leviatán* —siendo sus obras anteriores estudios sobre aspectos del mismo tema—[38]. Con *Leviatán,* Hobbes produjo un texto para el hombre de Estado. Su esperanza era que el libro cayese en las manos de un soberano que "ejercitando su entera soberanía, protegiendo las enseñanzas públicas que se contienen en él, convierta esta verdad de especulación en la utilidad de la práctica"[39]. El libro está enteramente dedicado a la organización doméstica de una comunidad política (*commonwealth*), proponiendo los medios concretos para establecer en la práctica de la vida política doméstica la exclusividad de la jurisdicción secular.

Mientras Grocio avanza un argumento doctrinal simple basado en una jurisdicción secular que gobierne sobre la eclesiástica y teológica, Hobbes teoriza haciendo desaparecer completamente la jurisdicción teológica de la vida política de la *commonwealth.* En *Leviatán*, lo teológico —lo sagrado— está privado de jurisdicción.

Según Hobbes, el *Leviatán* no sólo debía domesticar a los clérigos, sino también controlar por medio de la ley las expresiones religiosas de los ciudadanos, dejándoles un último resquicio de libertad de conciencia. Por otro lado, la autoridad civil del soberano, la autoridad del *Leviatán*, recaería en los ciudadanos por medio de la constitución de la *commonwealth*[40]. El círculo se cierra así: el soberano civil es la autoridad en materia religiosa y la autoridad en material civil emana de los ciudadanos constituidos en asamblea. La jurisdicción sobre lo sagrado es puesta en manos del *Leviatán*: "Concluyo, por tanto, que en todas las cosas que no sean contrarias a la ley moral

38 Sobre el pensamiento de Hobbes ver: Ferdinand Tönnies, *Thomas Hobbes. Der Mann und der Denker*, Stuttgart, Fr. Frommanns Verlag, 1910; Noel Malcolm, *Aspects of Hobbes*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2002; David Armitage, "Hobbes and the Foundations of Modern International Thought", en Annabel Brett y James Tully (eds.), *Rethinking the Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; S.J. Hoekstra, *The Savage, the Citizen and the Foole: The Compulsion for Civil Society in the Philosophy of Thomas Hobbes*, D.Phil. dissertation, Oxford University, 1998; Quentin Skinner, "Hobbes on Representation", en 13 *European Journal of Philosophy*, 2005, Vol. 13, p. 155; Jeffrey Collins, *The Allegiance of Thomas Hobbes*, Oxford University Press, 2005.

39 Thomas Hobbes, *Leviathan,* Curley (ed.), pp. 243 y 244; Collins, *The Allegiance of Thomas Hobbes*, p. 148.

40 Skinner, "Hobbes on Representation", *op. cit.*

(es decir, a la ley natural), todos los súbditos están obligados a obedecer la ley divina, que es declarada para ser tal, por las leyes de la *commonwealth*"[41].

Oponiéndose a ambos, al papa y a los obispos anglicanos en Inglaterra, Hobbes decide la cuestión de la jurisdicción en un párrafo emblemático:

> Pero toda esta disputa, sobre si Cristo dejó la jurisdicción al Papa solo, o también a otros obispos, si es considerada fuera de los lugares donde el Papa tiene jurisdicción civil, es una discusión de *lana caprina*, sobre nimiedades. Porque ninguno de ellos tiene ninguna jurisdicción en absoluto. Puesto que jurisdicción es el poder de escuchar y decidir las causas entre hombre y hombre y no puede pertenecer a otro sino a aquel que tiene el poder de prescribir las reglas de lo que está bien y lo que está mal (es decir de hacer leyes) y eso con la espada de la justicia para obligar a los hombres a obedecer sus decisiones, pronunciándolas o él mismo, o a través de los jueces que él nombra para ello, algo que nadie puede hacer legalmente salvo el soberano civil[42].

De manera similar que el resultado de la discusión de Grocio es debido a su protestantismo, se puede afirmar que la conclusión de Hobbes es producto de sus inclinaciones teológicas, que, ya en este momento, no es posible describir como "protestantes".

Los reformadores protestantes se rebelaron contra la autoridad religiosa establecida sobre cuestiones civiles y religiosas para ocupar ellos mismos esa posición de autoridad. Pero la autoridad civil no era su principal objetivo, como ejemplifica el apoyo activo de Lutero al desarrollo de la autocracia de los príncipes alemanes. La necesidad de legitimizar la revolución religiosa provocó el énfasis de los reformistas en la santidad inherente al poder laico y su afirmación de que el Estado era una institución divina, cuya resistencia llevaba a las penas de la condenación eterna; por eso no hay nada sorprendente en la condena a la rebelión de los campesinos alemanes que lleva a cabo Lutero. A pesar de que al comienzo mostró simpatía ante las injusticias que sufrían y habló fuertemente contra una opresión legal, en realidad "la lucha efectiva de Lutero por la libertad sólo se extendía a los príncipes y a los clérigos". Al mismo tiempo, a pesar de su estima por el Estado, el reformador no quería poner a disposición del poder arbitrario de

41 Hobbes, *op. cit.*, p. 199. Sobre las leyes naturales en Hobbes ver: David Gauthier, "Hobbes: the Laws of Nature", en *Pacific Philosophical Quarterly,* 2001, Vol. 82, p. 258; Norberto Bobbio, "Hobbes e il giusnaturalismo", en Preston King (ed.), *Thomas Hobbes Critical Assessments*, Londres-Nueva York, Routledge, 1993, p. 345.

42 Hobbes, *op. cit.*, capítulo XVII, pp. 387 y 388.

la autoridad política las creencias religiosas. En esta cuestión, la posición de Hobbes no es la de Lutero[43]. Hobbes va mucho más allá en su construcción omnicomprensiva del Estado, cuando intenta la conquista legal de la jurisdicción teológica para la autoridad civil.

Una interpretación comprensiva de Hobbes desde los años después de 1640 hasta 1651 muestra que *Leviatán* comparte partido con los independientes[44]. En pocas palabras, los independientes activos durante la revolución inglesa hasta la restauración de la monarquía lucharon junto con los revolucionarios erastianos[45], y a pesar de la impresión que procuraban dar de toleracionismo tenían una orientación estatista fundamental. Como explica Collins, los independientes poseían una concepción muy estrecha de la libertad de conciencia, que correspondía con la de los protestantes radicales, pero dejaba fuera a anglicanos y católicos; promovían la firme subordinación de la autoridad eclesiástica y la promoción de la tolerancia y el escepticismo religioso. Aún siendo una minoría se encontraron pronto en los centros de poder, por su afinidad con el *Lord Protector*, Oliver Cromwell (1599-1658)[46].

Para Hobbes no es el caso que la jurisdicción eclesiástica deba estar simplemente subordinada al poder secular, más bien afirma que el reino de Dios es en sí mismo un "reino civil". Si no fuese el caso de que el reino de Dios debía ser ejercitado en la tierrra, literalmente, en una *commonwealth*, por qué habría de haber tantas guerras por él —se pregunta Hobbes—, en verdad, no "habría tantos clérigos preocupados con la jurisdicción espiritual, ni tampoco nigún rey se la habría negado"[47]. De manera sorprendentemente radical, Hobbes describe la cuestión de la superioridad de la jurisdicción secular como una guerra, como una cuestión de opción fundamental entre la una y la otra, entre la jurisdicción secular y la espiritual. Su posición política es de integración de las dos esferas en manos del poder secular, como desarrolla con detenimiento en el capítulo XLII de *Leviatán*:

> Debido a la consolidación del derecho político y eclesiástico en los soberanos cristianos, es evidente que poseen sobre sus súbditos cualquier tipo de poder que puede ser dado a un hombre para el gobierno de las acciones externas

43 Rev. J. Neville Figgis, "Political Thought in the Sixteenth Century", en *The Cambridge Modern History*, Vol. III, The Wars of Religion, 1907, p. 738 y en general pp. 736-742.

44 Ver: Collins, *The Allegiance of Thomas Hobbes*, *op. cit.*

45 Se conoce como erastianismo al sistema protestante que afirma la superioridad del Estado sobre la Iglesia, propuesto por el suizo Thomas Lieber, llamado Erasto, en el siglo XVI.

46 Collins, *op. cit.,* en general y pp. 48 y 102.

47 Hobbes, *op. cit.*, capítulo xxxv, pp. 276 y 277.

> de los hombres, tanto en política como en religión, y puede producir las leyes que considere adecuadas para el gobierno de sus propios súbditos, tanto en cuanto son una *commonwealth*, como en cuanto son la Iglesia; puesto que ambos, Estado e Iglesia, están constituidos por los mismos hombres[48].

La comprensión de un maduro Hobbes sobre el colapso de la política inglesa, y el subsiguiente restablecimiento de la autoridad aparece en *Behemoth* (1668), una obra definitivamente marcada por la cuestión del deseo impetuoso de ganar la jurisdicción sobre lo secular y lo sagrado[49]. En el proceso intelectual que cubren sus obras anteriores, Hobbes ha producido la necesaria transformación de la ley y el gobierno para este fin. La base ideológica de *Leviatán* busca invalidar la capacidad de la jurisdicción teológica en los asuntos civiles. En el sistema que Hobbes diseña desaparecen las referencias transcendentales en las fórmulas legales; la ley se convierte en una ley metafísica, que en este contexto significa una ley que se sostiene a sí misma, careciendo de puntos de referencia externa sobre lo justo, lo bueno o la verdad, debido a la amenaza que representan para la autoridad civil absoluta[50].

El pensamiento profano del teólogo-político

En sus enunciados más radicales, lo profano se manifiesta amenazado por el reto de lo sagrado. En este miedo se encuentra el origen de la política teológica. En el pensamiento de los teólogos-políticos, el orden político secular está en constante competencia con el orden de lo sagrado y, por tanto, sólo uno de los dos debe salir victorioso, en lo que se considera una guerra que hace todas las armas lícitas, especialmente la de apropiarse de doctrinas teológicas para, en última instancia, *pensar* contra ellas. La teoría sobre el Estado y la ley de Hobbes, cuya meta es la "obediencia y seguridad", constituye uno de los ejemplos paradigmáticos de política-teológica de la modernidad.

48 Hobbes, *op. cit.*, capítulo XLII, p. 372.

49 Stephen Holmes, "Introduction", a la obra de Thomas Hobbes *Behemoth or the Long Parliament*, Ferdinand Tönnies (ed.), Chicago, The University of Chicago Press, 1990, pp. XLIX- l.

50 Sobre la ley en Hobbes ver, entre otros: G. Bianca, "La categoria del diritto nel pensiero di Hobbes"; G. Bellussi, "Considerazioni sul giusnaturalismo di Thomas Hobbes", ambos en *Thomas Hobbes Critical Assessments*; Michael Zuckert, "Hobbes, Locke and the Problem of the Rule of Law", en Claire Finkelstein (ed.), *Hobbes on Law*, Aldershot, Ashgate, 2005, p. 517.

Una observación literal de los textos de Hobbes muestra que más que simplemente buscar descalificar la teología, su intención principal es abrazar todo tipo de conocimiento, también el teológico, presentándolo o no, según el caso, como teológico; no obstante, cuando lo hace, transforma lo teológico en profano por medio de breves glosas o comentarios.

Un ejemplo de esta afirmación bastará en este momento para continuar el argumento.

En su *Fragmento teológico-político,* inspirado en un tipo de pensamiento mesianista[51], Walter Benjamin sostiene que el Reino de Dios no es la finalidad o el *telos* de la dinámica histórica, sino solamente su meta. En este punto Benjamin coincide con Hobbes:

> Pero de hecho, los juicios sobre cuestiones legales, ya sea entre creyentes o no creyentes, no han sido confiados a Cristo en este mundo. Esto es manifiesto por el hecho de que este derecho corresponde sin ninguna duda a *príncipes*, en tanto Dios no limite su autoridad; y él *[sic!]* no hace esto en este lado del día del juicio, como parecen decir las palabras de San Pablo que se refieren a ese día: "Entonces viene el fin [él dice], cuando transferirá el reino a Dios y al Padre, cuando cancelará todo principado, autoridad y poder (I Cor. 15.24)"[52].

Hobbes añade en el mismo pasaje que Cristo carece también de autoridad para sancionar y que tampoco posee el cargo ni la misión de legislador. Como se ve, tanto para Hobbes, como para Benjamin, hasta que llegue el fin de los tiempos, el mensaje de Cristo, la santidad, lo sagrado y, en fin, el reino de Dios, deben estar ausentes entre los hombres. Hobbes expresa de esta manera una de las primeras formulaciones teóricas modernas en filosofía del derecho en que se niega un espacio a lo sagrado en el mundo jurídico, aunque, de hecho, no se niegue la existencia de lo sagrado[53].

51 Walter Benjamin, "Theologisch-politisches Fragment", en Rolf Tiedemann y Hermann Schweppenhäuser (eds.), *Gesammelte Schriften*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977, Band II.

52 Thomas Hobbes, *On the Citizen*, Richard Tuck y Michael Silverthorne (eds.), Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 209.

53 El polémico autor alemán Carl Schmitt afirma que Hobbes tenía una piedad genuina pero que, sin embargo, "su pensamiento" no armonizaba con su piedad. Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines Symbols*, Klett-Cotta, Stuttgart, 2003, pp. 125-126. También Strauss: "Hobbes no es ateo en el sentido teórico de la palabra. Sin embargo, su 'verdadera religión' es sólo un fenónemo al margen, que no tiene influencia ni en su pensamiento ni en sus sentimientos". Leo Strauss, *Die Religionskritik Spinozas*, Berlín, Akademie Verlag, 1930, p. 80; Popkin explica que el excepticismo de Hobbes

Fe y razón recorren en el caso de Hobbes dos caminos completamente dispares[54].

En la cuestión crucial de los efectos del evento de la resurrección y muerte de Jesucristo, Hobbes, repetidamente, asegura en sus textos que Jesús es el Cristo[55], pero este evento no debe tener ninguna consecuencia en la organización de los asuntos del mundo, porque "[e]l Reino de Dios, que Cristo fue enviado a restaurar por Dios Padre, no comienza hasta su segunda venida"[56]. Las consecuencias prácticas de este argumento no serían desdeñables, si no fuera por *el empeño paralelo de Hobbes de desacralizar lo sagrado*. Así, en el capítulo XVII de *De cive*, "El Reino de Dios con la Nueva alianza", Hobbes entra de lleno en el terreno de la teología. Para él, "la parte del contrato de los hombres, es decir, servir a Dios en el modo que Cristo enseña, tiene dos elementos: obediencia a Dios (esto es lo que significa servir a Dios); y fe en Jesús, es decir, creer que Jesús es el Cristo prometido por Dios"[57]. Hobbes añade, además, una importante reserva al precepto fundamental: "Amarás al Señor tu Dios con todo tu corazón y con toda tu alma y con toda tu mente; éste es el primero y más grande mandato. Y el segundo viene de éste. Amarás a tu prójimo como a ti mismo" (*Mat.,* 22.37-40).

Hobbes comenta: "[…] aquel que ama a Dios y a su prójimo tiene un corazón obediente a las leyes de Dios y del hombre. Y Dios no exige nada más que un corazón obediente"[58]. En cierta manera, con esta reserva, Hobbes disuelve la integridad del primer mandamiento, también llamado precepto del amor, y hace que pierda su sentido. Por otro lado, el filósofo inglés atribuye a Dios la misma actitud que quiere atribuir al futuro gobernante: sólo la obediencia le es necesaria.

Mientras que la teología que Hobbes propone es de dudosa ortodoxia, su teoría política aparece cargada de nociones teológicas. De esta suerte, otro método típico de Hobbes es el de localizar el conocimiento teológico anterior y estudiarlo, para presentarlo más tarde como un producto de su

---

aparece combinado con la afirmación de su creencia en Jesucristo, de la que en principio no hay que por qué dudar. Richard Henry Popkin, *The History of Scepticism,* Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 189-207. En este sentido, el fenómeno del escepticismo "activo" de Hobbes es similar al de Grocio.

54 Un desarrollo reciente sobre el tema de la relación entre fe y razón en Ioannes Paulus II, *Fides et ratio*. Sobre las relaciones entre la fe y la razón. En: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio_sp.html (consultada el 3 de diciembre del 2013).

55 Hobbes, *De Cive*, capítulo XVII.

56 *Ibídem,* § 5, p. 206

57 *Ibídem,* § 7, p. 210.

58 *Ibídem,* p. 212.

propio estudio y de la observación de los seres humanos, a menudo como un hecho psicológico[59]. El sorprendente resultado es que sus obras principales están cargadas de un denso contenido teológico; ésta era ciertamente la exigencia de una era religiosa. Por su parte, Pocock atribuyó la inclusión de teología en los escritos de Hobbes, al hecho de que el inglés escribía teniendo a su audiencia en mente. No había ninguna ganancia en tratar de negar lo evidente, el hecho de que el tema teológico fascinaba en aquel momento y lugar[60]. A este argumento se puede añadir que las cuestiones que el público de Hobbes necesitaba solucionar no eran propiamente teológicas; no hay duda de que no serían los textos de Hobbes a donde el público inglés acudiría en busca de orientación en cuestiones religiosas. La cuestión de una época en que guerras civiles y eclesiológicas estaban a la orden del día, era qué lugar debía otorgarse a sensibilidades religiosas y espirituales altamente desarrolladas, en otras palabras, qué espacio se otorgaría a lo sagrado en un gobierno puramente civil.

El hecho es que Hobbes consiguió atraer la atención de sus lectores, pero no precisamente con sus argumentos de teología, que eran a menudo una fuente de disgusto y rechazo. Después de leer *Leviatán*, uno de sus antiguos amigos no podía contener su desazón al descubrir que el libro era una "mezcla caótica de ateísmo cristiano[61]". Evidentemente es difícil estar de acuerdo con esta afirmación: *Leviatán* puede ser descrito de muchas maneras, pero no como una "mezcla caótica". Cada uno de sus conceptos está perfectamente colocado en una estructura completa cuyo fin es construir un sistema legal y político que se autosostenga, es decir, que sea automático[62]. Sin embargo, sí es posible que su contemporáneo apreciara

59 Sus fuentes son difíciles de localizar porque, como afirma Oakeshott, "raramente menciona a un autor para reconocer una deuda". Michael Oakeshott, "Introduction to *Leviathan*", Oxford, Basil Blackwell, 1946, p. xvi.

60 J.G.A. Pocock, "Time, History and Eschatology in the Thought of Thomas Hobbes", en su *Politics, Language and Time*, 1972, pp. 161 y 162. En cuanto al interés en Inglaterra sobre las cuestiones teológicas, es ilustrativo el comentario del embajador holandés en París, "A Inglaterra le es indiferente todo lo que pase fuera de los límites de sus islas, salvo cuando se trata de cuestiones teológicas". Citado en Van Dam, "Introduction" a la obra de Grotius *De imperio*, en 7.

61 Citado en Richard Tuck, *Hobbes*, Nueva York, Oxford University Press, 1989, p. 29.

62 Ver el desarrollo de esta idea en Mónica García-Salmones, "Razón práctica, lo mecánico y teoría general en Hobbes: la legalización de lo político", en 5 *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2010; sobre el mecanicismo en Hobbes, ver el clásico Frithiof Brandt, *Thomas Hobbes' Mechanical Conception of Nature,* Copenhagen, Levin & Munksgaard, 1928; y Cees Leijenhorst, *The Mechanisation of Aristotelianism. The Late Aristotelian Setting of Thomas Hobbes' Natural Philosophy*, Leiden, Boston, Köln, Brill, 2002.

correctamente la curiosa mezcla de teología con principios ateístas que Hobbes lleva a cabo.

Un caso notable del uso de conocimiento teológico puesto en términos políticos es su famosa noción del estado de naturaleza. El mérito de introducir el concepto de estado de naturaleza hasta convertirse en un elemento clave de las teorías modernas sobre los derechos subjetivos se atribuye correctamente a Hobbes[63]. Pero en ningún caso puede decirse que Hobbes inventó el término, puesto que se trata de una antigua noción teológica. Por dar sólo un ejemplo importante, el "estado de naturaleza" aparece en la *Summa Aurea* de Guillermo de Auxerre (*circa* 1220)[64].

Guillermo de Auxerre fue uno de los primeros teólogos escolásticos, conocido por su contribución decisiva en el proceso de *sistematizar* la doctrina cristiana. De Auxerre produce el siguiente argumento sobre el estado de naturaleza, que probablemente resultará familiar a los lectores de Hobbes. El teólogo debate si en el comienzo —en otras palabras, en la época de Adán y Eva— era válido el principio de propiedad común, y da una respuesta positiva para el momento del *status innocentie*, o *status nature bene disposite,* cuando Adán y Eva vivían en el paraíso. Sin embargo, en el presente momento de la humanidad, después del pecado original de Adán y Eva, en el *status cupiditatis* o *status nature corrupte,* el escolástico afirma que poner en práctica el principio de propiedad común significaría que la república se colapsaría y los seres humanos acabarían unos con otros[65]. En su razonamiento, de Auxerre utiliza la Pseudo-Clemente, que es una carta atribuida falsamente al papa Clemente del primer siglo, parte de un acervo de documentos papales falsificados llamado Pseudo-Isodoro. El renombrado jurista de la Edad Media Graciano introdujo la Pseudo-Clemente en su *Decreto*, dándole en esta forma mayor circulación entre los juristas[66].

La verdad como espacio para lo sagrado

Cuando los teólogo-políticos establecen metas absolutistas para lo profano, declaran al mismo tiempo que asentir a lo sagrado implica *competir* con

63 Tuck, *Hobbes*, p. 135.

64 Bernhard Töpfer, *Urzustand und Sündenfall in der mittelalterlichen Gesellschafts- und Staatstheorie*, Stuttgart, Hiersemann, 1999, p. 204.

65 Guillelmi Altissimus, *Summa Aurea*, Ribalier (ed.), L. III, 1, 369 ff. Ver también: Töpfer, *Urzustand und Sündenfall*, p. 205.

66 Sobre la decretal Pseudo-Isidorian ver: http://www.pseudoisidor.mgh.de/ (consultada el 3 de diciembre del 2013).

lo que es puramente profano[67]. Para Hobbes, la cuestión es cómo afirmar la "autoridad absoluta" del poder civil. Otros teólogo-políticos influyentes son Spinoza, que propone la "libertad absoluta de conciencia", Benjamin, que explora la posibilidad de la "sensualidad absoluta", y Leo Strauss, cuya filosofía busca el "pensamiento absoluto".

Una visión religiosa del mundo, en cambio, sugiere que el hombre no tiene autoridad absoluta sobre las formas de organización política, sobre la vida, sobre su conciencia[68], sobre su cuerpo o sobre el pensamiento, sino que en sus actuaciones y en sus juicios el hombre debe observar esa referencia externa que constituye lo sagrado. Lo sagrado compele al hombre desde dentro de sí a salir de sí mismo en actitud de admiración y respeto, al mundo y a los demás hombres, y en actitud de adoración, a Dios. Esto evidencia que las acciones humanas tienen significados trascendentes, y que pueden llevarse a cabo tomando como marco de referencia el bien, la justicia, la verdad y la realidad, lo que a su vez permite juzgar si se actúa conforme al bien o al mal. El sentido que posee la autoridad de lo sagrado, sin embargo, más que convertirle en *competidor* de lo profano, *es el de atestiguar sobre la bondad* de lo profano, porque lo sagrado, siendo "algo más", no pretende rivalizar con lo profano, sino elevar lo profano.

Desde este punto de vista —como impulso de lo profano hacia cosas altas, "sed santos porque yo soy santo"—, tanto en derecho internacional como en cualquier otra disciplina, lo sagrado no debería reclamar un lugar de excepción, sino un lugar común en la verdad.

El uso del "principio sagrado de civilización" en el derecho internacional modernista, que se practicó desde la segunda mitad del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, puede ayudar a ilustrar este argumento[69].

En 1919, las grandes potencias que resultaron vencedoras en la Primera Guerra Mundial se reunían en París para llegar a un acuerdo sobre las condiciones de paz; fruto de esas complicadas negociaciones surgió, entre otros, el Pacto de la Sociedad de Naciones. Hasta llegar a alcanzar el texto final, el

67 Véanse las propuestas en detalle de teólogo-políticos de Baruch Spinoza en *Theologisch-politischer Traktat*, sobre la base de la traducción de Carl Gebhardt; nuevamente revisada y editada por Günter Gawlick, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1976, especialmente los capítulos 16 y 20; Benjamin, "Theologisch-politisches Fragment"; Leo Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, Rastatt, K. & H. Greiser, 1956; Heinrich Meier, *Leo Strauss and the Theologico-Political Problem*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

68 Como muestra, por ejemplo, en forma artística, Fiodor Dostoievski con su novela *Crimen y Castigo*.

69 Sobre el derecho modernista ver: David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", en *Nordic Journal of International Law*, 1996, Vol. 65, p. 385.

escrito debió recorrer un tortuoso camino, en especial en lo que se refiere a los territorios que sería confiados bajo mandato por la Sociedad de Naciones a varios de sus miembros[70]. El artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones preveía un principio de bienestar y desarrollo para los pueblos que vivían en territorios y colonias de los países que, como consecuencia de la Guerra, perdieron también el derecho de gobernar esos territorios. A ese principio los poderes vencedores lo llamaron el "deber sagrado de civilización"[71]. El principio ha sido invocado en derecho internacional con un abanico de significados, que contemplan también lo sagrado, pero en el que prevalece el de ser un ideal humanitario modernista[72].

Las potencias vencedoras buscaron otorgar "efecto práctico" a este deber sagrado, cuya expresión inmediata fue el sistema de los territorios bajo mandato[73]. En su estudio del principio, Alexandrowicz conectó el establecimiento histórico "del deber sagrado de civilización" en Versalles, con la transferencia por las comunidades africanas de sus territorios a los poderes europeos durante el siglo XIX. Por medio de esas transacciones legales, que tenían lugar a menudo en forma de tratado bilateral y contando con la aprobación que otorgó a todo el proceso la conferencia de Berlín, las potencias europeas asumieron el papel de guardianas de esas comunidades[74].

El principio del "sagrado deber de civilización" no ha sido irrelevante durante el siglo XX[75]. Con los mandatos de la Sociedad de Naciones funcionando a máxima capacidad, no faltaron las ocasiones de hacer referencia al principio, que continuó manteniendo su importancia después de la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

70 Un buen resumen en: ICJ, *South West Africa Cases* (Liberia *vs.* South Africa), Preliminary Objections, 1962, ICJ Separate Opinion of Judge Jessup, pp. 387-436.

71 "A las colonias y territorios que, a raíz de la reciente guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados, que los gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, deberá aplicarse el principio de que el bienestar y el desarrollo de esos pueblos constituyen una misión sagrada de civilización, y deberán ser incorporadas en el presente pacto para garantizar el cumplimiento de dicha misión". Artículo 22, párrafo 1 del Pacto de la Sociedad de Naciones. En: http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/9.html (consultada el 3 de diciembre del 2013).

72 Charles H. Alexandrowicz, "The Juridical Expression of the Sacred Trust of Civilisation", en *American Journal of International Law*, 1971, Vol. 65, pp. 149-159.

73 Artículo 22, párrafo 1, del Pacto de la Sociedad de Naciones.

74 Alexandrowicz, "The Juridical Expression of the Sacred Trust of Civilisation", p. 153.

75 Es más, continúa siendo empleado en el siglo XXI, ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, ICJ Reports 131. Un comentario útil en Frédéric Mégret, "A Sacred Trust of Civilization", en *Journal of International Law and International Relations*, 2005, Vol. 1, pp. 305-318.

La Corte Internacional de Justicia, en su decisión en los *South West Africa Cases,* no quiso extender el principio del "sagrado deber de civilización" más allá de los instrumentos legales positivos creados por el régimen jurídico del sistema de mandatos dentro del marco de la Sociedad de Naciones[76]. Sin embargo, el hecho de que el régimen racista de *apartheid* de Sudáfrica, país a quien estaba confiado el mandato sobre los territorios de África Sur-Occidental, difícilmente era compatible con la aplicación del "sagrado deber de civilización", puso en marcha una campaña internacional para desvincular de la soberanía sudafricana a esos territorios. Este proceso culminó con éxito cuando la ONU pasó una resolución terminando el mandato[77].

A la vista de la trayectoria del principio del deber de civilización en cuanto "sagrado", es por lo menos controvertido afirmar que éste haya tenido unas características de exclusiva bondad en cuanto principio positivo del derecho internacional. Por una lado, como se ha visto, el "principio del sagrado deber de civilización" está inexorablemente unido al contexto histórico de los mandatos. Algunos autores, en particular el especialista en historia del colonialismo y postcolonialismo Tony Anghie, han dictaminado que el sistema de mandatos reprodujo el colonialismo anterior en formas legales modernas, perpetuando situaciones de explotación e injusticia impuestas a las poblaciones bajo mandato[78]. Por otro lado, el principio fue también utilizado para atacar el *apartheid* y el régimen político que éste promovía, esencialmente irrespetuoso con el hombre, en violación también de las obligaciones del mandante establecidas, entre otros documentos, en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones. Como afirmaba el juez Jessup en su opinión discrepante en *South West Africa Cases, Second Phase*, con el asunto del *apartheid* se trataba de una materia justiciable, no simplemente de una cuestión política[79]. En conclusión, el valor que puede otorgarse al principio del "sagrado deber de civilización" en derecho inter-

76 ICJ, *South West Africa Cases*, Second Phase, 1966, ICJ Reports 6.

77 GA Res 2145 (XXI) octubre 27 de 1966. Un comentario a esta resolución y su origen en T.O. Elias, *Africa and the Development of International Law*, segunda edición revisada por Richard Akinjide, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.

78 Este argumento en Tony Anghie, "Nationalism, Development and the Postcolonial State: the Legacies of the League of Nations", en *Texas International Law Journal*, 2006, Vol. 41, p. 447.

79 Jessup consideró que la aproximación del caso por la Corte Internacional de Justicia era errónea: "Es *apartheid* de lo que estamos hablando". *South West Africa Cases,* Second Phase, Judge Jessup dissenting opinion, 1966, Report 6, p. 429; un breve pero interesante comentario en W. A. McKean, "Legal Right or Interest in the South West African Cases: a Critical Comment", en *Australian Yearbook of International Law*, 1966, 135-141.

nacional dependerá de los casos en que fue usado "en verdad", es decir, de forma que honraba el contenido del principio: un deber exterior al hombre de promover el avance de todos en ciencia, artes, ideas y costumbres[80].

Es posible dar un paso atrás y hablar de una concepción amplia de "verdad", a la que nos referimos, que describa el lugar para lo sagrado en derecho internacional. No se trataría en este caso simplemente de la verdad como una entidad ontológica, o verdad absoluta, que podría decirse, propiamente se identifica con lo sagrado y con Dios, en la mayoría de las religiones. Tampoco parece conveniente reducir la argumentación a un razonamiento que utilice como base la verdad como promesa del lenguaje. Es posible, en cambio, adoptar un sentido omnicomprensivo de verdad, que englobe las dos definiciones anteriores. Algo parecido al enfoque que propuso el papa Benedicto XVI: "En efecto, *la verdad* es '*lógos*' *que crea* '*diá-logos*' y, por tanto, comunicación y comunión. La verdad, rescatando a los hombres de las opiniones y de las sensaciones subjetivas, les permite llegar más allá de las determinaciones culturales e históricas y apreciar el valor y la sustancia de las cosas. La verdad abre y une el intelecto de los seres humanos en el *lógos* (la palabra) del amor"[81].

La propuesta de Grocio, hablando para un mundo *eurocéntrico* y cristiano, recomendaba, con su ambigüedad característica, escudriñar las escrituras para asegurar que las autoridades seculares actuasen con acierto, pero especialmente para que conservasen una autoridad legítima sobre la jurisdicción civil y religiosa[82]. Dentro de la indiscutible preeminencia que Grocio atribuye a la jurisdicción secular sobre la jurisdicción religiosa, no sólo reconoce en las sagradas escrituras la guía segura para el legislador y gobernante cristiano y europeo, sino, de forma más amplia, admite que la jurisdicción secular *precisa* una guía.

Hoy en día, el legislador, jurista y gobernante, indudablemente, sigue necesitando respetar lo justo y el bien, en una forma que lo eleve por encima

80 Ver la definición de "civilización" en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "Estadio cultural propio de las sociedades humanas más avanzadas por el nivel de su ciencia, artes, ideas y costumbres; Acción y efecto de civilizar". En: http://rae.es/ (consultada el 3 de diciembre de 2013).

81 Benedicto XVI, *Encíclica Caritatis in Veritate, sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad*. En: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html (consultada el 3 de diciembre del 2013).

82 Sobre el concepto de eurocentrismo ver: Martti Koskenniemi, "Histories of International Law. Dealing with Eurocentrism", en *Treaty of Utrecht Lecture*, Faculteit Geesteswetenschappen, Universiteit Utrecht, 2011; sobre la ambigüedad de Grocio ver también: Koskenniemi, "International Law and the Emergence of Mercantile Capitalism", p. 34.

de sí mismo y lo lleve a buscar *desinteresadamente* la verdad sobre la que se basa el derecho. Además, cuando la verdad se favorece aquí y ahora, esta actividad tiene repercusiones globales, porque en nuestros días el derecho internacional se aplica en un mundo global. La mentira ha constituido siempre un peligro para la actividad de "decir" el derecho, pero a partir de la modernidad el fenómeno se acrecienta. Comentando a Arendt, Derrida distingue entre las sociedades premodernas, en las que la mentira en el mundo político estaba limitada mediante contrato a las esferas de la razón de Estado y de la diplomacia. Un gran cambio ocurre cuando en las sociedades modernas la mentira, por así decir, salta las barreras y se convierte en "un absoluto incontrolable"[83]. En la época de la globalización es necesario globalizar la verdad; si se puede decir así, totalizarla.

En la actividad del jurista que manifiesta la admiración y respeto por el hombre y el mundo, que busca la verdad, se *honra* a lo sagrado y se reproduce la expresión de lo sagrado en el mundo. Por eso, si hay lugar para lo verdad en derecho internacional, hay lugar también para lo sagrado.

Bibliografía

Alain Badiou, "On the Truth Process: An Open Lecture", agosto 2002. En: http://www.egs.edu/faculty/alain-badiou/articles/on-the-truth-process/ (consultada el 3 de diciembre del 2013); Peter Hallward, *Badiou: a Subject to Truth,* Minneapolis, University of Minnesota Press, 2003.

Alphonse Dupront, "De la Chrétienté á l'Europe: La passion westphalienne du nonce Fabio Chigi", en *Forschungen und Studien zur Geschichte des Westfälischen Friedens*, Münster, Verlag Aschendorff, 1965.

Baruch Spinoza, *Theologisch-politischer Traktat*, sobre la base de la traducción de Carl Gebhardt; nuevamente revisada y editada por Günter Gawlic, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1976.

Benedicto XVI, "Encíclica Caritatis in Veritate, sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad". En: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html (consultada el 3 de diciembre del 2013).

Benjamin Straumann, "The Peace of Westphalia as a Secular Constitution", en *Constellations*, 2008, Vol. 15.

83 Derrida, "Sobre la mentira en política"; Hannah Arendt describió magníficamente este fenómeno en las sociedades totalitaristas, ver: Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Cleveland y Nueva York, The World Publishing Company, 1962.

Bernhard Töpfer, *Urzustand und Sündenfall in der mittelalterlichen Gesellschafts- und Staatstheorie*, Stuttgart, Hiersemann, 1999.

Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines Symbols,* Klett-Cotta, Stuttgart, 2003.

Carlos Ortiz de Landázuri, "La autodestrucción de la crítica del sentido en Wittgenstein y Heidegger", en *Anuario Filosófico,* 2000, Vol. 33.

Cees Leijenhorst, *The Mechanisation of Aristotelianism. The Late Aristotelian Setting of Thomas Hobbes Natural Philosophy,* Leiden, Boston, Köln, Brill, 2002.

Charles H. Alexandrowicz, "The Juridical Expression of the Sacred Trust of Civilisation", en *American Journal of International Law,* 1971, Vol. 65.

Christoph A. Stumpf, "The Grotian Theology of International Law", en *Hugo Grotius and the Moral Foundations of International Law,* Berlín, Walter de Gruyter, 2006.

David Armitage, "Hobbes and the Foundations of Modern International Thought", en Annabel Brett y James Tully (eds.), *Rethinking the Foundations of Modern Political Thought,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

David Gauthier, "Hobbes: the Laws of Nature", en *Pacific Philosophical Quarterly,* 2001, Vol. 82.

David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", en *Nordic Journal of International Law,* 1996, Vol. 65.

Etienne Gilson, *El ser y los filósofos,* Navarra, Eunsa, 1979.

Ferdinand Tönnies, *Thomas Hobbes. Der Mann und der Denker,* Stuttgart, Fr. Frommanns Verlag, 1910.

Frédéric Mégret, "A Sacred Trust of Civilization", en *Journal of International Law and International Relations,* 2005, Vol. 1.

Friedrich Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse*, Leipzig, Alfred Kröner Verlag, 1930.

Frithiof Brandt, *Thomas Hobbes' Mechanical Conception of Nature,* Copenhagen, Levin & Munksgaard, 1928.

G. Bellussi, "Considerazioni sul giusnaturalismo di Thomas Hobbes", en *Thomas Hobbes: Critical Assessments,* Londres, Routledge, 1993.

G. Bianca, "La categoria del diritto nel pensiero di Hobbes", en *Thomas Hobbes: Critical Assessments*, Londres, Routledge, 1993.

GA Res 2145 (XXI) octubre 27 de 1966.

Gillaume H.M. Posthumus Meyjes, "Some Remarks on Grotius' Excerpta Theologica. Especially Concerning his Meletius", en Henk J.M. Nellen y Edwin Rabbie (eds.), *Hugo Grotius-Theologian Essays in Honour of G.H.M. Posthumus Meyjes*, Leiden, Brill, 1994.

Guillelmi Altissimus, *Summa Aurea,* Ribalier (ed.), L. III.

Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Cleveland y Nueva York, The World Publishing Company, 1962.

Hans Kelsen, "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", en *The American Political Science Review*, en 914, 1948.

Heinrich Meier, *Leo Strauss and the Theologico-Political Problem,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Henk Jan de Jonge, "Grotius' View of the *Gospels* and the Evangelists", en *Hugo Grotius,* Theologian, Leiden, Brill, 1994.

Henry J. Steiner, "International Protection of Human Rights", en Malcolm D. Evans, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", en *British Yearbook of International Law,* 1946, Vol. 23.

Hugo Grotius, *De imperio summarum potestatum circa sacra,* edición crítica con introducción, traducción al inglés y comentario de Harm-Jan van Dam, Vol. I, II, Leiden, Brill, 2001.

__ *Commentary on the Law of Prize and Booty,* 1603, The Online Library Of Liberty Collection, 2009. En: http://oll.libertyfund.org (consultada el 3 de diciembre del 2013).

ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 131, 2004.

__ *South West Africa Cases* (Liberia *vs.* South Africa), Preliminary Objections, ICJ Separate Opinion of Judge Jessup, 1962.

__ *South West Africa Cases*, Second Phase, ICJ Reports 6, 1966.

__ *South West Africa Cases*, (Second Phase) Judge Jessup dissenting opinion, Report 6,1966.

Ignacio Falgueras Salinas, "Heidegger en Polo", en *Studia poliana,* No. 6, 2004.

Ioannes Paulus II, "Fides et ratio. Sobre las relaciones entre la fe y la razón". En: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio_sp.html (consultada el 3 de diciembre del 2013).

J.G.A. Pocock, "Time, History and Eschatology in the Thought of Thomas Hobbes", en *Politics, Language and Time: Essays on Political Thought and History,* Atheneum, Nueva York, 1973.

Jacques Derrida, "Sobre la mentira en política", en entrevista a Jacques Derrida de Antoine Spire en Staccato, programa televisivo de France Culturel, del 7 de enero de 1999, traducción de Cristina de Peretti y Francisco Vidarte. Edición digital de Derrida en castellano. En: http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/mentira_politica.htm (consultada el 3 de diciembre del 2013).

Jeffrey Collins, *The Allegiance of Thomas Hobbes,* Oxford, Oxford University Press, 2005.

Joachim Whaley, "Germany and the Holy Roman Empire", en *Maximilian I to the Peace of Westphalia*, Oxford, Oxford University Press, 2012, Vol I.

Joseph H.H. Weiler, "La tradición judeo-cristiana entre fe y libertad", en J. Ratzinger, *et al., Dios salve la razón,* Madrid, Ediciones Encuentro, 2008.

Joseph H.H. Weiler, "Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Navarra", 27.10.2011. En. http://www.unav.edu/documents/10174/270156/discurso_joseph_weiler_20111027.pdf (consultada el 3 de diciembre del 2013).

Juan Pablo II, "Evangelium Vitae, Encíclica sobre el Valor y el Carácter Inviolable de la Vida Humana". En: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html (consultada el 3 de diciembre del 2013).

J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective,* Leyden, A.W. Sijthoff, 1970, Vol. III.

Julieta Lizaola, "Lo sagrado en el pensamiento de María Zambrano", México, Ediciones Coyoacán/FFyL UNAM, 2008.

Laura Manzano Baena, "Negotiating Sovereignty: the Peace Treaty of Münster, 1648", *History of Political Thought,* 2007, Vol. 28.

Leo Strauss, *Naturrecht und Geschichte,* Rastatt, K. & H. Greiser, 1956.

__ *Die Religionskritik Spinozas als Grundlage seiner Bibelwissenschaft: Untersuchungen Zu Spinozas Theologisch-politischem Traktat*, Berlín, Akademie Verlag, 1930.

Leonardo Polo, *"Nietzsche como pensador de dualidades,* Eunsa, Pamplona, 2005.

Manfred Walther, "Biblische Hermeneutik und/ oder theologische Politik bei Hobbes und Spinoza. Historische Studie bei der Ausdifferenzierung von Religion und Politik in der Neuzeit", en *Hobbes and Spinoza Science and Politics,* Daniela Bostrenghi (ed.), Nápoles, Bibliopolis, 1992.

Martti Koskenniemi, "Histories of International Law. Dealing with Eurocentrism', Treaty of Utrecht Lecture", Faculteit Geesteswetenschappen, Universiteit Utrecht, 2011.

__ "International Law and the Emergence of Mercantile Capitalism", en P.M. Dupy y V. Chetail (eds.), *The Foundations of International Law/Les fondements du droit international*, Liber Amicorum Peter Haggenmacher, Boston/Leiden, Brill, 2013.

Martin Harvey, "Grotius and Hobbes", en *British Journal for the History of Philosophy,* 2006, Vol. 14.

Martin Heidegger, *Sein und Wahrheit,* Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2001.

Michael Zuckert, "Hobbes, Locke and the Problem of the Rule of Law", en Claire Finkelstein (ed.), *Hobbes on Law*, Aldershot, Ashgate, 2005.

Mónica García-Salmones y Luis Eslava, "Jurisdictional Colonisation in the Spanish and British Empires: Some Reflections on a Global Public Order and

the Sacred", en *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

Michael Oakeshott, "Introduction to *Leviathan*", Oxford, Basil Blackwell, 1946.

Mónica García-Salmones, "Razón práctica, lo mecánico y teoría general en Hobbes: la legalización de lo político", 5 *Revista Internacional de Pensamiento Político,* 2010.

Monica Funke, *Ideologiekritik und ihre Ideologie bei Nietzsche*, Stuttgart-Bad, Frohmann-Holzboog, 1974.

Noel Malcolm, *Aspects of Hobbes*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2002.

Norberto Bobbio, "Hobbes e il giusnaturalismo", en Preston King (ed.), *Thomas Hobbes Critical Assessments,* Londres-Nueva York, Routledge, 1993.

Pacto de la Sociedad de Naciones. En: http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/9.html (consultada el 3 de diciembre del 2013).

Pseudo-Isidorian. En: http://www.pseudoisidor.mgh.de/. (consultada el 3 de diciembre del 2013).

Quentin Skinner, "Hobbes on Representation", en 13 *European Journal of Philosophy,* 2005, Vol. 13.

Real Academia de la Lengua Española. En: http://www.rae.es (consultada el 3 de diciembre del 2013).

Richard Henry Popkin, *The History of Scepticism,* Oxford, Oxford University Press 2003.

Richard Tuck, *Hobbes,* Nueva York, Oxford University Press, 1989.

Rev. J. Neville Figgis, "Political Thought in the Sixteenth Century", en *The Cambridge Modern History, The Wars of Religion,* 1907, Vol. III.

Roger Caillois, *L'homme et le sacre,* París, Gallimard, 1950.

S.J. Hoekstra, *The Savage, the Citizen and the Foole: The Compulsion for Civil Society in the Philosophy of Thomas Hobbes,* D.Phil. dissertation, Oxford, Oxford University, 1998.

Stephen Holmes, "Introduction to Thomas Hobbes", en *Behemoth or the Long Parliament,* Ferdinand Tönnies (ed.), Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

T.O. Elias, *Africa and the Development of International Law,* segunda edición revisada por Richard Akinjide, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.

Thomas Hobbes, *Leviathan: With Selected Variants from the Latin Edition of 1668*, Edwin Curley (ed.), Hackett Publishing, 1994, Vol. 2.

__ *On the Citizen,* Richard Tuck y Michael Silverthorne (eds.), Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Thomas Sheehan, "Heidegger", en *A Companion to the Philosophers*, Robert L. Arrington (ed.), Oxford, Blackwell, 1999.

Tony Anghie, "Nationalism, Development and the Postcolonial State: the Legacies of the League of Nations", en *Texas International Law Journal,* 2006, Vol. 41.

Walter Benjamin, "Theologisch-politisches Fragment", en Rolf Tiedemann y Hermann Schweppenhäuser (eds.), *Gesammelte Schriften,* Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977, Band II.

Walter Ullmann, "This Realm of England is an Empire", en *Journal of Ecclesiastical History,* 1979, Vol. 30.

CAPÍTULO 5

Permanencia y cambio de la normatividad en el derecho internacional

Marina C. Brilman

Introducción

Este capítulo es una investigación sobre la normatividad en el derecho internacional. ¿Por qué una se ocuparía de un tema tan aparentemente teórico? La normatividad representa la base teórica del derecho internacional, su "columna vertebral", proporciona herramientas para abogados especializados en derecho internacional e informa sus prácticas. También deja al descubierto los supuestos, prejuicios y puntos ciegos de la disciplina.

En la segunda mitad del siglo XX se produjeron intensos debates sobre los fundamentos teóricos del derecho internacional. Aunque estos debates parecen haber disminuido en cierta medida, los abogados especializados en derecho internacional continuamente construyen la normatividad de este derecho al pensar, escribir y discutir acerca de las normas (y su carácter). Las normas del derecho internacional son hechas, interpretadas y aplicadas en —y más allá— de la práctica de los tribunales internacionales y nacionales.

A través de debates normativos y del razonamiento, los abogados especializados en derecho internacional definen y redefinen (por lo general en el sentido de definir de nuevo o con más detalle y, a veces, redefinen conceptualmente) la disciplina a la cual se dedican, su especificidad y su razón de ser. El derecho internacional se reproduce cada vez que sus normas y su estructura normativa son estudiadas. Esto significa que los debates normativos en el derecho internacional nunca "se resuelven"; los académicos

involucrados en dichos debates a la vez los analizan[1]. Tales discusiones representan la dinámica y la identidad de la disciplina y, al mismo tiempo, dan referencias teóricas para tratar los casos y situaciones específicas.

La normatividad del derecho internacional y su particularidad se analizan en el presente capítulo a través de lo que se ha descrito como "desafíos" o "amenazas" a esta normatividad. Dichos desafíos se retratan a menudo como un debilitamiento o algo que afecta (negativamente) a la disciplina. Al mismo tiempo, se asocian con la posibilidad de cambio; por ejemplo, la posibilidad del derecho internacional para adaptarse a un mundo "globalizado". Los desarrollos normativos muchas veces parecen introducir una incertidumbre riesgosa. Algunos sostienen que una mayor incertidumbre y contingencia amenazan la legitimidad y la coherencia del derecho internacional[2]. Otros argumentan que la contingencia proporciona la flexibilidad necesaria para el mantenimiento de la pertinencia (la supervivencia) de la propia disciplina[3]. Y algunos sostienen que el asunto es una cuestión polémica: la contingencia o indeterminación es y siempre ha sido una característica del derecho internacional (y el derecho en general)[4].

Para efectos de este capítulo, que está divido en seis partes, los debates normativos (o debates sobre normatividad) se interpretan como una negociación recurrente entre permanencia y cambio en el derecho internacional. En la primera parte de este capítulo —"Los debates clásicos"— se discuten las características clásicas, o "permanentes", de los debates normativos en el derecho internacional (a saber, la paradoja del derecho internacional, el naturalismo y el positivismo, así como el carácter de derecho internacional). En los dos títulos que siguen —"El origen de las normas" y "Normatividad relativa"— se abordan desarrollos en el derecho internacional que han sido representados de una u otra manera como normativamente "problemáticos". En el primero de estos dos títulos se indaga sobre los orígenes de la normatividad en el derecho internacional, las "fuentes", centrándose en lo que generalmente se considera como un "escape" de éstas: el derecho blando o *soft law*. En el segundo se aborda la idea de "normatividad relativa" en el derecho internacional, con referencia especial a las normas de *jus cogens*.

1 J.H.H. Weiler & Andreas L. Paulus, "The Structure of Change in International Law or is There a Hierarchy of Norms in International Law?", en 8 *European Journal of International Law*, 1997, pp. 545-565.

2 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", en *The American Journal of International Law*, 1983, Vol. 77.

3 *Cfr.* Christine Chinkin, "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", en *International Comparative Law Quarterly,* 1989, Vol. 38, p. 866.

4 Gunther Teubner, "And God Laughed…", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12.

En los dos títulos siguientes —"La evolución dinámica de las normas" y "La fragmentación de la normatividad del derecho internacional"— se discuten representaciones más específicas de debates normativos en el derecho internacional. "La evolución dinámica de las normas" se centra en la distinción entre codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, con referencia especial a la interpretación dinámica o evolutiva de las normas en la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. "La fragmentación de la normatividad del derecho internacional" aborda la idea de que actualmente existe una tendencia de fragmentación en la disciplina. El último título —"Una nueva comprensión de la normatividad"— presenta una visión alternativa de la normatividad que puede ser útil para teorizar sobre la normatividad del derecho internacional en tiempos de globalización y de contingencia.

Los debates clásicos

La paradoja del derecho internacional

Los debates normativos en general tienden a abordar (y ellos mismos refuerzan) la paradoja y la circularidad. Las paradojas pueden ser consideradas como "errores intelectuales" o, más bien, como la condición fundamental del derecho en general[5]. Este último punto de vista podría proporcionar una explicación del eterno retorno de la paradoja en los debates normativos. No sólo son los debates en el derecho internacional a menudo *acerca de* paradojas; se ha argumentado que la propia disciplina se basa en una paradoja "constitutiva"[6]. ¿Qué quiere decir esto? Esto significa que la disciplina como tal existe en virtud de una paradoja (fundamental). Esta paradoja es la siguiente: (i) si sólo los Estados pueden hacer las leyes, y (ii) todos los Estados son iguales, (iii) ¿cómo pueden los Estados ser obligados por leyes que no han hecho (o a las cuales no han consentido)?

Cabe preguntarse si esta paradoja realmente "constituye" la disciplina, pero sin duda es considerada como una particularidad de la normatividad del derecho internacional. En el derecho interno no existe esta paradoja (o al menos no de la misma manera). Tradicionalmente, los individuos están obligados por las leyes que el soberano les impone. Aunque en las sociedades

5 *Ibídem,* pp. 383 y 384.

6 Emanuelle Jouannet, "Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?", en *European Journal of International Law,* 2007, Vol. 18, p. 379.

modernas los individuos están obligados por las leyes que ellos mismos han hecho (a través de sus representantes en el parlamento), la aplicación de dichas leyes se organiza de forma centralizada. Pero éste no es el caso en el derecho internacional.

La paradoja descrita anteriormente refleja al menos dos dificultades normativas que se asocian a menudo con el derecho internacional. Primero, ¿cómo puede el derecho internacional ser vinculante? Según el teórico jurídico británico H.L.A. Hart, esta pregunta no se refiere meramente a la ausencia de un sistema de sanciones organizadas centralmente en el derecho internacional. No sólo se trata de la "aplicabilidad" del derecho internacional. Más bien, expresa una duda sobre la "situación jurídica general del derecho internacional" (véase "El carácter jurídico del derecho internacional", más adelante)[7].

Segundo, la paradoja tiene una implicación "más extrema"[8]. Hart sostiene que, aunque el derecho internacional —en algún momento— incluyera un sistema de sanciones organizadas centralmente, la paradoja aún persistiría. Esto es así porque la paradoja representa una "inconsistencia radical" que se encuentra en el corazón del derecho internacional, a saber, que un Estado es "a la vez soberano y sujeto al derecho"[9]. El soberano, en el ámbito interno, estaba por encima del derecho que él o ella aplicaba a sus súbditos. Hart señala que el soberano, a partir del siglo XVI, ha cambiado poco a poco de ser identificado con el Estado (*l'Etat c'est moi*)[10]. Sin embargo, la soberanía del gobernante individual y la soberanía de un Estado son sustancialmente diferentes. Este último trata de la soberanía que es, en sí, definida y constituida por normas de derecho internacional (y, por eso, no está "por encima" del derecho).

Si uno cree que las paradojas deben ser evitadas a toda costa, sin importar si son "constitutivas" de cualquier cosa, la pregunta es cómo se puede "superar" esta paradoja en particular. Si esta paradoja es constitutiva del derecho internacional, entonces dicha superación debe seguramente significar el final de la disciplina tal como la conocemos. ¿Será que la desaparición de la paradoja crearía un derecho internacional diferente, y tal vez mejor?

Se ha argumentado que la paradoja como una estructura conceptual se define a través de la exclusión de los pueblos colonizados del derecho

7 Herbert Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 217.

8 *Ibídem,* p. 220.

9 *Ibídem*. Véase también: Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford, Stanford University Press, 1998.

10 Herbert Hart, *The Concept of Law*, p. 221.

internacional (al no entender a los territorios colonizados como soberanos). La paradoja, después de todo, se refiere exclusivamente a los Estados soberanos. Esta paradoja jugaría, además, un papel decisivo en la perpetuación de dicha exclusión[11]. A pesar de que la colonización y la descolonización han tenido (y todavía tienen) un profundo impacto en el derecho internacional, estos procesos parecieran haber dejado su estructura conceptual intacta.

¿Será que la paradoja, también, puede soportar procesos como la descolonización o será que estos procesos de alguna manera cambian la propia paradoja (y, si es así, cómo)? Tal vez se disolverá por sí misma, por ejemplo, mediante el proceso de "globalización"[12]; un proceso tan amplio y abierto que trae consigo otras dificultades normativas (véase "La fragmentación de la normatividad del derecho internacional", más adelante).

Se ha sugerido que la paradoja es resistente al cambio[13]. Ésta tiende a reaparecer (o puede ser que nunca ha desaparecido en primer lugar), y en la misma forma. El derecho internacional sigue siendo al mismo tiempo instrumentalista (hecho por los Estados soberanos, en su interés) y universal o formalista (vinculando los Estados soberanos, incluso si no es de su interés)[14]. Siempre se basa en el consentimiento del Estado y, al mismo tiempo, refleja una lucha por el "bien", dando lugar a normas que tienen el potencial para anular este consentimiento (véase "Normatividad relativa", más adelante, específicamente el aparte sobre *jus cogens*).

Naturalismo *versus* positivismo

El carácter dual del derecho internacional, instrumentalista y formalista al mismo tiempo, se asocia a menudo con dos orientaciones teóricas que han jugado un papel importante en la formación del derecho internacional como una disciplina. La historia del naturalismo y el positivismo, la relación entre estas dos corrientes de pensamiento, y la manera en que informaron y formaron el derecho internacional, es una historia que tiende a tener en cuenta exclusivamente la historia intelectual europea. Es una historia repetida varias veces en las discusiones sobre los comienzos normativos del derecho internacional.

11 *Cfr.* Anthony Anghie, "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law", en *Harvard International Law Journal,* 1999, Vol. 40, pp. 29 y 65.

12 Emmanuelle Jouannet, "Universalism and Imperialism …", p. 379.

13 *Ibídem.*

14 Martti Koskenniemi, "What is International Law For?", en M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 32-57.

El naturalismo, que se remonta al menos a los antiguos griegos (especialmente a Aristóteles) y los romanos, se refiere a la idea de un "derecho natural" (*ius naturale*) que "se extendió por toda la comunidad humana, inmutable y eterno"[15]. La caracterización de esta forma de pensar como "ley" es un poco confusa. El derecho natural podría quizá ser descrito mejor como una sensación de plenitud, un medio para llegar a enfrentarse con la complejidad del mundo al tratar de identificar una regularidad general o un orden que une y anima el universo, los dioses, las plantas, los animales y los hombres[16]. El derecho natural en aquellos días no podía considerarse como un enfoque científico o legal para entender el mundo (como Newton, por ejemplo, que siglos después trató de capturar la misma regularidad a través de "leyes" científicas). El derecho natural era sobre todo un esfuerzo teológico y filosófico.

Poco a poco, el derecho de gentes (*ius gentium*), el cual representa las relaciones sociales o las normas de conducta entre los hombres (no tanto de las mujeres, las cuales no eran consideradas como una parte activa de la vida pública), llegó a ser considerado como parte del derecho natural. Al jurista holandés Hugo de Groot, más conocido bajo el nombre latino "Grotius" que se dio a sí mismo (como era costumbre para los estudiosos en ese momento), se le otorga generalmente el crédito por la idea posterior y más específica del "derecho de los pueblos"[17]. Grotius no consideraba que esta ley fuera totalmente distinta del derecho natural. El derecho de gentes solamente abordaba un tipo de relaciones específicas (entre las naciones), aunque no en detrimento de la generalidad de la norma que continuaba siendo necesaria para dar sentido al mundo.

En el siglo XIX, el "positivismo" surgió bajo la influencia del filósofo francés Auguste Comte[18]. Los académicos de diversas disciplinas, incluyendo el derecho, intentaron alejarse de la teología, la superstición, las abstracciones vagas y las ideas no verificables. El potencial liberador del positivismo era evidente. Éste ofrecía la posibilidad de transformar cualquier disciplina en una "ciencia" legítima por medio de un enfoque en la observación y el empirismo. En lugar de hacer referencia a una moral que unía a todos los pueblos y naciones, las normas de derecho internacional podrían ser distinguidas

15 Stephen Neff, "A Short History of International Law", en M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3-31, p. 5 (*citing* Cicero). Los siguientes párrafos se basan en la primera parte de este capítulo de Neff.

16 *Ibídem,* p. 6.

17 *Ibídem,* p. 9.

18 *Ibídem,* p. 14.

mediante la observación de la práctica de estas naciones. Las reglas no preexistían a la voluntad de las naciones, ni podían ser "descubiertas" a través de la razón humana (en vez de la revelación)[19]. La existencia de reglas podía ser verificada, en lugar de ser derivada por medio de la referencia a los principios cuyo origen y validez eran dudosos.

La práctica de las naciones consistía en los convenios que firmaron y las normas a las cuales accedieron a vincularse. Esta práctica llegó a ser considerada como una fuente de derecho internacional en sí misma. La práctica estatal no solamente definía y revelaba el derecho existente, sino que ella misma *daba origen* al derecho. El positivismo se convirtió en el paradigma teórico de elección para abordar el derecho internacional. Puede estar asociado con la idea de progreso que aún impregna la teoría jurídica internacional[20]; en la idea de que el derecho internacional se mueve siempre hacia su propio fin, continuamente mejorando en el proceso.

El auge del positivismo no significó la desaparición del naturalismo. Algunos podrían argumentar que el naturalismo, aunque reformulado y reinterpretado, representa una "categoría residual" de ideas, que reflejan todo lo que el positivismo no es (todo lo que no puede explicarse con referencia al consentimiento del Estado). Elementos del naturalismo se pueden identificar en la noción de *"opinio iuris"* del derecho internacional consuetudinario (el requisito de una convicción compartida entre los Estados de que existe una regla que es, o debería ser, obligatoria)[21], las normas *de ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* (véase "Normatividad relativa", más adelante), y en las referencias a los valores de la humanidad o de la comunidad internacional en su conjunto. Algunos incluso han insinuado que procesos como "la globalización" pueden considerarse como una encarnación del derecho natural[22]. Esto probablemente es sólo sostenible si se entiende el naturalismo, en el sentido más general posible, como una herramienta cognitiva o teórica para entender desarrollos específicos en el mundo (entorpeciendo así cualquier ventaja crítica que pueda haber tenido).

El positivismo presenta por lo menos una serie de dificultades normativas. En primer lugar, toma el Estado soberano como su punto de partida, por lo que aparentemente sufre de los mismos defectos que la paradoja descrita anteriormente (se basa en, y perpetúa, la exclusión y promueve el

19 *Ibídem,* p. 6.

20 *Ibídem,* p. 14. Véase sobre la historia de la idea del progreso: Georges Canguilhem, "The Decline of the Idea of Progress", en *Economy and Society,* 1998, Vol. 27.

21 Stephen Neff, "A Short History…", p. 17.

22 *Ibídem,* p. 18.

"eurocentrismo"). El naturalismo, independientemente de sus defectos, por lo menos se aplicaría a toda la humanidad[23]. En segundo lugar, el positivismo (que se centra en la práctica de los Estados, la cual es inevitablemente siempre cambiante) reconoce que las normas están continuamente en "flujo"[24]. Esto podría plantear un desafío a la coherencia normativa. En tercer lugar, uno podría preguntarse si el derecho internacional, entendido en un sentido positivista, tiene alguna "calidad normativa" específica o si simplemente se refiere a la voluntad y los intereses de los Estados. Algunos positivistas no se enfocaron tanto en la centralidad del Estado. Por ejemplo, el teórico jurídico alemán Hans Kelsen ideó un gran sistema normativo cuya legitimidad radicaba en su propia existencia y en su complejidad deslumbrante[25]. Se podría argumentar que el contenido de las normas era de menos interés que el funcionamiento de un sistema de reglas (y la estética de la estructura normativa en sí).

La distinción entre el naturalismo y el positivismo es una simplificación (una reducción de la complejidad)[26]. Ninguna línea de pensamiento se puede describir adecuadamente como una teoría coherente y unificada; cada una representa varios esfuerzos intelectuales que están convenientemente agrupados para reforzar una historia de orígenes normativos. Sin embargo, esta distinción revela el doble carácter del derecho internacional. Tiene un potencial emancipador que permite que sea utilizado para lo "bueno" y, al mismo tiempo, este potencial puede ser manipulado por unos poderosos para ejercer la autoridad sobre muchos otros impotentes. Un llamamiento a la universalidad del derecho internacional (o al menos a su *aplicabilidad* universal) se utiliza a menudo para facilitar el ejercicio del poder sobre los territorios y pueblos[27]. Estos llamamientos tienden a ocultar el ejercicio del poder o replantearlo como necesario, legítimo, benevolente, o simplemente evidente (es decir, por encima de cualquier cuestionamiento).

Esta poderosa ambigüedad del derecho internacional como disciplina y, como lenguaje, da lugar a la evidente y difícil pregunta: ¿cómo puede el derecho internacional ser eficaz y tener cualquier tracción moral (o legitimidad) una vez que ha sido reconocido como culturalmente específico y conducido por los intereses del Estado? Esta pregunta es más que todo

23 Anthony Anghie, "The Evolution of International Law", en *Third World Quarterly,* 2006, Vol. 27, p. 743 (aunque esto ha sido utilizado para sugerir la deficiencia perpetua de los pueblos colonizados).

24 Anthony Anghie, "Finding the Peripheries…", p. 10.

25 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Clark, Nueva Jersey, The Lawbook Exchange, 2005.

26 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

27 Emmanuelle Jouannet, "Universalism and Imperialism…", p. 382.

moral (considera la moralidad de la normativa en lugar de la estructura normativa del derecho internacional como tal), la cual a menudo se regula en el ámbito político, más que en el ámbito legal. La mayoría de los debates normativos en el derecho internacional no empiezan (o terminan)[28] aquí y no se ofrece ninguna solución, normativa o de otra índole. Más bien, el foco permanece en la paradoja constitutiva (que ahora, por la mera repetición, parece aún más constitutiva). La paradoja del derecho internacional es considerada como una amenaza más permanente a la legitimidad del derecho internacional que las implicaciones normativas, y las consecuencias muy reales del carácter ambiguo del derecho internacional.

El carácter jurídico del derecho internacional

La discusión sobre el carácter *dual* del derecho internacional (instrumentalista y formalista) se complementa a menudo en los debates normativos con una discusión sobre la naturaleza *jurídica* del derecho internacional. Aquí, la pregunta específica es: ¿»El derecho internacional es realmente derecho"?[29]. Aunque no se ha dado una respuesta definitiva, la mayoría de los abogados involucrados con el derecho internacional consideran esta cuestión como irrelevante u obsoleta[30]. Como es probablemente lógico, el derecho internacional es entendido como derecho por parte de sus académicos y profesionales.

Los académicos que han participado en este debate discuten esta cuestión como un elemento, casi como una ocurrencia tardía, de sus reflexiones sobre la naturaleza del derecho en general. Austin, filósofo británico del derecho, argumentó que el derecho no podía ser equiparado con la moral, sino que representaba "órdenes respaldadas por amenazas". El derecho internacional era "incorrectamente llamado derecho"[31] (no era derecho), porque el plano internacional carece de un soberano que (i) elabora y cambia las normas, (ii) adjudica, y (iii) hace cumplir las reglas. Hart no estaba de acuerdo con las ideas de Austin, porque consideraba que el derecho internacional sí era derecho (y no era equivalente a la moralidad). Las normas de derecho internacional son a menudo moralmente "indiferentes" y

28 Una excepción es: Anthony Anghie, "The Evolution of International Law…", p. 752.

29 Herbert Hart, *The Concept of Law*, p. 214.

30 Mehrdad Payandeh, "The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart", en *European Journal of International Law,* 2010, Vol. 21, pp. 969-970.

31 *Ibídem,* p. 969.

no necesariamente redactadas en términos morales[32]. Más bien, el derecho internacional es jurídicamente obligatorio y puede ser considerado como derecho, incluso en ausencia de un soberano que dicta reglas y un sistema organizado centralmente de adjudicación y ejecución. Sin embargo, el derecho internacional se asemeja a una "forma simple de la estructura social, que consiste solamente en normas primarias de obligación"[33]. La falta de una "regla de reconocimiento" (en referencia a la cual se puede determinar la validez de las normas "primarias") significa, según Hart, que el derecho internacional no puede ser considerado como un sistema legal hecho y derecho, sino sólo como "un simple conjunto de normas"[34].

Se han hecho esfuerzos para demostrar que Austin y Hart estaban equivocados haciendo referencia a los desarrollos recientes del derecho internacional. Por ejemplo, se ha argumentado que las negociaciones multilaterales de tratados, la creación de normas por las organizaciones internacionales y el reconocimiento de *ius cogens* representan una forma de legislación hecha por la comunidad internacional. Varios tribunales y cortes internacionales, y la aplicación por los tribunales nacionales de derecho internacional, así como (las consecuencias de) las obligaciones *erga omnes,* podrían considerarse como una forma de adjudicación. Además, la exclusión de un Estado de la comunidad internacional puede ser más eficaz en el derecho internacional que un sistema de sanciones organizado centralmente. Con respecto a la falta de una regla de reconocimiento, se ha argumentado que los sistemas nacionales sufren de las mismas incertidumbres que las "fuentes" del derecho internacional (véase el "El origen de las normas", más adelante). Además, en el derecho internacional, los conflictos de leyes pueden ser más importantes para distinguir la validez de las "normas primarias" que una regla de reconocimiento (véase "La fragmentación de la normatividad del derecho internacional", más adelante)[35].

Los debates que se describen en los párrafos anteriores reflejan algunas de las características más permanentes de los debates normativos en el derecho internacional. Estas discusiones son importantes para la disciplina debido a: (i) que dan forma a su identidad disciplinaria y delinean una historia intelectual (más o menos) coherente, (ii) que aclaran su presente (y ponen al descubierto sus sesgos y puntos ciegos), (iii) que refuerzan la importancia y legitimidad de la disciplina, y le dan seguridad a los profe-

32 Herbert Hart, *op. cit.*, p. 228.
33 *Ibídem,* p. 214.
34 *Ibídem,* p. 234.
35 Mehrdad Payandeh, "The Concept of International Law…", pp. 982-994.

sionales del derecho internacional de que se están dedicando a un ejercicio jurídico significativo[36]. Sin embargo, la repetición incansable de estos temas indican que, o bien su confirmación, por alguna razón, sigue siendo necesaria, o que se ha llegado a un callejón sin salida. Pasamos ahora a los acontecimientos que están asociados con el cambio, en lugar de la permanencia, en los debates normativos sobre el derecho internacional.

El origen de las normas

Las "fuentes"

¿De dónde provienen las normas del derecho internacional? ¿Cuáles normas pueden considerarse como normas del derecho internacional? El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) responde a estas preguntas, hasta cierta medida. Proporciona una enumeración de las denominadas "fuentes" del derecho internacional —y reitera una disposición similar del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la predecesora de la CIJ—[37]. El artículo dispone lo siguiente:

> 1. La Corte, cuya función es decidir de conformidad con el derecho internacional tales controversias que se le presentan, deberá aplicar:
> a. convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen normas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
> b. la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
> c. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
> d. sometidos a las disposiciones del artículo 59, las decisiones judiciales y las doctrinas de los expertos de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho.

La primera fuente se refiere a los tratados que estén en vigor entre los Estados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así

36 *Cfr.* Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", en *Harvard Human Rights Journal,* 2002, Vol. 15, pp. 101-125, pp. 111-112.

37 Hugh Thirlway, "The Sources of International Law", en M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 95-121, p. 98 (sobre cambios en el texto del referido artículo).

como la jurisprudencia de la CIJ, establecen reglas sobre: (i) lo que puede ser considerado un tratado (un acuerdo escrito entre Estados[38]; el título o la forma de un documento no determina si su contenido constituye obligaciones jurídicamente vinculantes)[39]; (ii) interpretación de los tratados (el texto, el contexto, el sentido común, el objeto y el fin; los *travaux preparatoires* y la práctica posterior)[40]; y (iii) las reservas y las declaraciones interpretativas (y sus consecuencias jurídicas)[41]. Las normas contenidas en los tratados pueden ser consideradas como emblemáticas en la normatividad del derecho internacional; son las reglas a las que los Estados han consentido a estar obligados.

La segunda fuente, el derecho internacional consuetudinario, tiene dos elementos acumulativos: práctica estatal y *opinio iuris*. Para que una norma de derecho internacional consuetudinario sea reconocida como tal, la práctica estatal no es una prueba suficiente de la existencia de tal norma. Los Estados también deben reconocer la necesidad del carácter jurídicamente vinculante de la norma. Ambos elementos se refieren implícitamente al consentimiento del Estado. Sin embargo, a diferencia de los tratados, es difícil identificar el momento definitivo en el que los Estados dan su consentimiento para estar obligados por el derecho consuetudinario. Además, el derecho internacional consuetudinario tiene el potencial para vincular legalmente a los Estados que no han consentido para estar obligados (excepto si son "objetores persistentes", los cuales se han opuesto a la norma durante el periodo de su creación). Por esta razón, al derecho internacional consuetudinario se le ha llamado "el talón de Aquiles" del consensualismo[42]. La idea de "costumbre instantánea" ha sido rechazada (por ejemplo, si un Estado vota en la Asamblea General de las Naciones Unidas, este acto no cumple con ambos elementos al mismo tiempo: la práctica estatal y el *opinio iuris*)[43]. Según la jurisprudencia de la CIJ, la práctica estatal debe ser consistente. Sin embargo, esto no significa que cualquier desviación de la

38 Vienna Convention on the Law of Treaties, UN Treaty Series, Vol. 1155, mayo 23 de 1969, artículo 2(1)(a).

39 ICJ, *Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain* (Qatar *vs.* Bahrain), Judgment (1994), ICJ Reports 112, párrafo 27.

40 Convención de Viena, artículos 31 y 32.

41 *Ibídem,* artículos 19-23; ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion (1951), ICJ Reports 15; Report of the International Law Commission, sixty-third session, UN Doc. A/66/10Add.1, 2011 ("Guide to Practice on Reservations to Treaties").

42 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity…", p. 433.

43 Hugh Thirlway, "The Sources…", p. 104.

norma tenga como consecuencia que la norma de derecho internacional consuetudinario no exista[44].

La tercera fuente, los principios generales del derecho, se consideran como: (i) los principios que son comunes en los diferentes sistemas jurídicos y que pueden ser extraídos por medio de una investigación comparativa en la jurisprudencia nacional (la referencia a "las naciones civilizadas" persiste como un recordatorio silencioso de la historia discriminatoria del derecho internacional), o como (ii) los principios que se asocian generalmente con el derecho (no sólo derecho internacional), como *pacta sunt servanda* (el principio de que las obligaciones jurídicas deben ser cumplidas) y la buena fe. La cuarta fuente, también conocida como "medios subsidiarios", a menudo se utiliza para interpretar las normas y complementar las otras fuentes. Se incluyen en ella las decisiones de la CIJ (no hay una regla del precedente vinculante, pero la autoreferencia de la CIJ es una práctica común)[45].

El artículo 38 no hace referencia a una jerarquía entre las fuentes (aparte del orden de enumeración). Los tratados y las costumbres son generalmente considerados como las fuentes más importantes de las normas del derecho internacional. Sin embargo, ambas fuentes —y la relación entre ellas— han sido interpretadas de diversas maneras. Los tratados pueden codificar o "cristalizar" la costumbre y contribuir a su desarrollo progresivo, pero también pueden —en cierta medida— apartarse de la costumbre[46]. El derecho consuetudinario internacional batalla con la incertidumbre temporal (¿cuándo comienza su existencia?) y la posibilidad de manipulación con el fin de obligar a los Estados en ausencia de su consentimiento. Se ha argumentado que las fuentes no captan de forma exhaustiva todas las obligaciones legales de los Estados en virtud del derecho internacional y que las fuentes quizá deberían ampliarse (por ejemplo, para incluir las declaraciones unilaterales de los Estados)[47]. Sin embargo, cualquier expansión formal parece poco probable; sobre todo porque la rigidez de las fuentes puede considerarse en gran medida ilusoria (hay espacio suficiente para su interpretación flexible).

44 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua *vs.* United States of America), Judgment (1986), ICJ Reports 14, párrafo 186.

45 Hugh Thirlway, "The Sources…", pp. 109 y 110.

46 *Ibídem,* p. 112. Esto no aplica a normas de derecho consuetudinario con carácter de *ius cogens*.

47 *Ibídem,* p. 116.

Una excepción normativa: derecho blando (*soft law*)

De acuerdo con el dicho popular de que la excepción confirma la regla, algunos teóricos han tratado de dilucidar la normatividad mediante la investigación de la relación entre la norma y la excepción[48]. En el derecho internacional, lo que tal vez podría considerarse la excepción normativa más conocida es el denominado "derecho blando". ¿Cómo se pueden clasificar normativamente las numerosas resoluciones, declaraciones, directrices y otros documentos que circulan en el ámbito internacional? ¿Cómo "caben" éstos dentro de las fuentes del derecho internacional, enumeradas en el artículo 38 del estatuto de la CIJ? Esta cuestión es especialmente relevante, ya que muchos de estos documentos no han sido creados por los Estados. Más bien, son creados por una variedad de actores, órganos y organizaciones con diversas funciones (tales como la Asamblea General de las Naciones Unidas, las conferencias multilaterales y los organismos específicos de ciertas industrias).

Las normas de derecho blando no se pueden asociar fácilmente con las fuentes reconocidas del derecho internacional y son, por lo tanto, a menudo consideradas como normas que no son jurídicamente obligatorias. Algunos han señalado que la caracterización de las normas como "derecho blando" es una *contradictio in terminis*[49]. Una regla simplemente es o no es derecho (y ningún adjetivo va a cambiar eso). A pesar de que el derecho blando, como el derecho, opera a través de las expectativas y, al mismo tiempo, las genera[50], hay una diferencia cualitativa entre los dos. Esta diferencia suele articularse en referencia a: (i) la intención de los Estados de ser obligados, (ii) la manera en que las disposiciones específicas son formuladas, y (iii) las consecuencias del incumplimiento de una disposición.

Mientras que los Estados tienen la intención de obligarse a través de un tratado (por medio de la ratificación expresan su consentimiento a obligarse), los Estados, por lo general, no tienen la intención de ser obligados por el derecho blando[51]. Mientras que un compromiso jurídicamente vinculante se formula en términos de "deber" y "tener una obligación", una regla de derecho blando se expresa por medio de palabras como "debería",

48 Carl Schmitt, *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago, University of Chicago Press, 2005; Giorgio Agamben, *Homo Sacer…*

49 Por ejemplo, Christine Chinkin, "The Challenge of Soft Law…", p. 850.

50 Dinah Shelton, "International Law and 'Relative Normativity'", en M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 141-171, p. 165.

51 *Ibídem*, p. 166; Christine Chinkin, "The Challenge of Soft Law…", p. 862.

"mejores esfuerzos" y "empeños". Mientras que el incumplimiento de una norma jurídicamente vinculante puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado, la violación del derecho blando tendrá más consecuencias políticas que jurídicas[52]. A pesar de estas diferencias, el derecho blando también se utiliza para dar un contenido "duro" (o específico) a los tratados que han sido formulados en términos demasiado vagos o generales como resultado de las negociaciones multilaterales. Estas distinciones (como pasa con todas las distinciones) colapsan en sí mismas, lo que reduce la claridad de la distinción entre las normas jurídicamente vinculantes y las normas de derecho blando.

Sin embargo, equiparar el "derecho positivo" ("*hard law*") con el "derecho blando" ("*soft law*") acabaría con las razones por las cuales los Estados justamente eligen los instrumentos de derecho blando sobre otros métodos disponibles de creación de normas. Por ejemplo, el derecho blando hace posible que se llegue a un compromiso cuando los Estados no son capaces de ponerse de acuerdo sobre un texto vinculante. Los Estados también pueden preferir la solución amistosa y no judicial de controversias, así como la autorregulación, a menudo asociadas con el derecho blando[53]. El derecho blando puede constituir un sustituto para la celebración de un tratado (que puede ser un proceso demasiado lento o costoso)[54] y permitir que un gobierno evite los procedimientos internos de ratificación. Además, el derecho blando tiende a ser más fácil de modificar que los tratados (por ejemplo, mientras se desarrolla el conocimiento científico)[55] y, por lo general, es aplicado de forma más rápida (un tratado a menudo requiere un número determinado de ratificaciones para entrar en vigor)[56].

Parece que hay una contradicción evidente en la creación de normas a través del derecho blando (evitando el uso de los tratados), mientras que al mismo tiempo se niega la fuerza jurídica de esas normas. Se ha argumentado que esto representa una "confusión en cuanto a cómo se hacen las normas internacionales"[57]. Esta confusión se ve reforzada por la jurisprudencia de la CIJ, según la cual algo puede ser considerado como legislación si tiene "potencialmente en todos los eventos, [...] un carácter fundamentalmente

52 Sobre la dificultad de esta distinción ver: Dinah Shelton, "International Law…", p. 165.

53 Christine Chinkin, "The Challenge of Soft Law…", p. 862.

54 Dinah Shelton, "International Law…", p. 167.

55 Alan Boyle, "Soft Law in International Law-Making", en M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 122-140, p. 125.

56 Alan Boyle, "Soft Law…", p. 137.

57 Christine Chinkin, "The Challenge…", p. 861.

creativo de normas"[58]. Esto da lugar a la pregunta: ¿qué *no* es potencialmente normativo? Sin embargo, una interpretación más restrictiva de lo normativo aunque analíticamente útil, probablemente ocultaría las dinámicas y la complejidad de la creación de la norma, el cambio normativo y el desarrollo del derecho internacional.

En vez de definir el derecho blando por su diferencia cualitativa con el derecho, también podría ser definido por su diferencia cuantitativa o temporal. Las normas de derecho blando existen en un estado de "suspensión"; son el "antecesor" de una norma vinculante hasta que su estado normativo ha sido establecido sin lugar a dudas. El derecho blando puede convertirse o "madurar" en una norma jurídicamente vinculante (por ejemplo, a través de su inclusión en un tratado o al convertirse en derecho internacional consuetudinario)[59].

Sin embargo, antes de que haya alcanzado ese estatus (y nunca se puede predecir cuándo va a ocurrir, esto sólo puede ser establecido *a posteriori*), el derecho blando representa sólo un momento en el desarrollo del derecho internacional[60]. Puede representar el primer paso en un proceso para concluir un tratado multilateral, o proporcionar los detalles técnicos que hacen posible la interpretación y la aplicación de un tratado[61].

Se ha argumentado que sería más apropiado hablar de normas en una etapa "pre" o "sub" normativa en vez de derecho blando[62]. Sin embargo, esta noción representa al derecho blando como algo menos sofisticado y subdesarrollado, desconociendo su especificidad. Además, presupone un desarrollo lineal y progresivo de las normas a través del tiempo. También se ha considerado que dichos argumentos no logran captar la complejidad del proceso de creación de normas y la interacción entre una variedad de normas de diferente carácter[63].

Ya sea visto como cualitativa, cuantitativa o temporalmente distinto del derecho positivo, el derecho blando ha sido considerado como un "desafío a la estructura normativa"[64] y ha sido denominado como "frágil", "débil" y "precario"[65]. Además ha sido acusado de "causar, inevitablemente, confusión

58 ICJ, *North Sea Continental Shelf* (Germany *vs*. Denmark y Germany *vs.* The Netherlands), Judgment (1969), ICJ Reports 3, párrafo 72.

59 Christine Chinkin, "The Challenge…", p. 856.

60 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity…": *these norms may present "a* stage *in the process" of norm formation, but cannot "constitute the formal source of new norms"*, p. 417.

61 Ver en general, Alan Boyle, "Soft Law…".

62 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity…", p. 427.

63 Christine Chinkin, "The Challenge…", p. 865.

64 *Ibídem,* p. 866.

65 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity…", p. 414 (haciendo referencia a Baxter).

normativa e incertidumbre en cuanto a las fuentes tradicionales del derecho internacional"[66]. Algunos han ido tan lejos como para argumentar que: "Es indudable que nos encontramos ante un fenómeno patológico de la normatividad internacional"[67]. Otros han considerado que una "difuminación de la normatividad" puede proporcionar flexibilidad, pero a la vez hace estragos con los conceptos jurídicos y crea incertidumbre conceptual[68]. En general, el derecho blando parece ir en contra de la predisposición, aparentemente natural, de un abogado hacia el derecho positivo[69].

Si todas estas críticas tienen al menos algo de validez, entonces ¿por qué surgió la idea del derecho blando en primer lugar? Tal vez no es una coincidencia que el derecho blando haya surgido al mismo tiempo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[70]. La proliferación de organizaciones internacionales, que a menudo no tienen la facultad para adoptar textos vinculantes, podría ofrecer otra explicación[71]. Sin embargo, el surgimiento del derecho blando también se puede entender como "la consecuencia inevitable de las presiones que existen para que se produzca un cambio en el derecho internacional"[72]. El derecho blando, precisamente por su carácter no obligatorio, contribuye al "desarrollo progresivo" del derecho internacional. Así mismo, el derecho blando ha sido entendido como la causa, la consecuencia y la solución a la proliferación normativa y la fragmentación del derecho internacional (véase "La fragmentación de la normatividad del derecho internacional", más adelante)[73]. El derecho positivo puede estar mal equipado para definir un derecho internacional que ahora incluye diversos actores no estatales, diferentes formas de solución de controversias, y un mayor grado de incertidumbre y contingencia.

Normatividad

Un desafío a la estructura normativa del derecho internacional

Tal vez una de las descripciones más sucintas de las amenazas al sistema normativo del derecho internacional fue dada por Weil. La primera parte de

66 Christine Chinkin, "The Challenge…", p. 866.
67 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity…", p. 416.
68 Christine Chinkin, "The Challenge…", p. 865.
69 *Ibídem,* p. 859.
70 *Ibídem,* p. 860.
71 Dinah Shelton, "International Law…", p. 168.
72 Christine Chinkin, "The Challenge…", p. 866.
73 Dinah Shelton, "International Law…", p. 145.

su artículo famoso "Towards Relative Normativity in International Law?" lleva el título poco optimista "Patología del sistema normativo internacional". En dicho artículo, Weil afirma que para que el derecho internacional pueda funcionar adecuadamente, debe tener un "orden normativo de buena calidad"[74]. Él distingue entre "debilidades estructurales" (las características "permanentes" de la normatividad del derecho internacional, explicadas más arriba) y "debilidad conceptual"[75]; ambas afectan negativamente la calidad del sistema normativo del derecho internacional. Para él, el derecho blando representa a la vez un error estructural y conceptual. Según Weil, la fuerza normativa de los cánones del derecho internacional se ha convertido en "una cuestión de grado", lo cual constituye "un fenómeno patológico de la normatividad internacional"[76].

Weil se ocupa principalmente de dos desarrollos normativos interrelacionados que considera como problemáticos. El primero es el paso de una "normatividad monolíticamente concebida" a una normatividad "gradual" o "relativa"[77]. Esto significa que se introduce una diferencia jerárquica entre las normas, para que algunas de ellas se consideren más obligatorias que otras (véase "La atracción de *ius cogens*", más adelante). El segundo es la "dilución" de la normatividad del derecho internacional[78]. Esto significa que la correspondencia directa entre un derecho existente y una obligación, definitiva del derecho en general, deja de existir en el sentido que los Estados tienen algunas obligaciones con respecto a toda la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*).

Mientras que el aumento del derecho blando representa un desafío para la normatividad del derecho internacional, Weil cree que la relatividad y la dilución de la normatividad presentan una amenaza mucho mayor: "Esta vez ya no se trata de determinar dónde comienza o termina la norma jurídica: es la misma naturaleza del sistema normativo internacional y, por consiguiente, las funciones para las cuales fue creado, que son su *raison d'etre,* las que han sido cuestionadas"[79].

La diferenciación y la fragmentación de la normatividad en el derecho internacional —introducidas por el *ius cogens*, los crímenes internacionales[80]

74 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity…", p. 413.
75 *Ibídem,* p. 415.
76 *Ibídem,* p. 416.
77 *Ibídem,* p. 421.
78 *Ibídem,* p. 422.
79 *Ibídem,* p. 418.
80 El Proyecto de Artículos de la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional incluyó el artículo 19 que trataba de los crímenes internacionales de

y las obligaciones *erga omnes*— dan lugar a una "inestabilidad fundamental" mientras que "nos encontramos a la deriva en unos círculos crecientes de incertidumbre cada vez mayor"[81]. En el mejor de los casos, esta incertidumbre no es más que un "efecto[s] secundario" de los cambios en el derecho internacional que son de otra manera beneficiosos (por ejemplo, un mayor énfasis en la moralidad)[82]. Lo que, según Weil, al final está en juego no es tanto la legitimidad de la disciplina del derecho internacional, sino su capacidad para funcionar. Estos cambios normativos amenazan el mantenimiento de "la neutralidad tan esencial al derecho internacional *qua* coordinador entre entidades iguales, pero a la vez desiguales"[83].

Weil afirma que estos avances en la normatividad del derecho internacional son atribuibles a un "pensamiento flojo"[84] y a una "cierta laxitud en la comprensión intelectual"[85]. Esto implicaría que las debilidades conceptuales podrían resolverse a través de más rigor, formalismo y una deferencia al consentimiento de los Estados. Otros autores sostendrían que la jerarquía normativa siempre ha sido parte del pensamiento jurídico (y de los propios sistemas jurídicos)[86]. Teóricos como Hart y Kelsen se enfrentaron a la "regresión infinita" de las normas jurídicas hasta que, finalmente, se encontraron una norma básica (una "regla de reconocimiento" o "*Grundnorm*") cuya validez no puede ser derivada de otra regla[87]. En el derecho internacional, la jerarquía entre las normas ya existía (antes de la aparición de *ius cogens*), por ejemplo, en el artículo 103 de la Carta de la ONU, que establece lo siguiente: "En el evento de un conflicto entre las obligaciones de los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones en virtud de cualquier otro convenio internacional, sus obligaciones impuestas por la presente Carta prevalecerán".

Algunos autores han señalado que el pensamiento jerárquico en general no es sólo un ejercicio intelectual. Es una cuestión de "organización social" y de distribución; ya que las jerarquías tienden a "articular y consolidar una

---

los Estados. Sin embargo, este artículo nunca fue adoptado en la versión final del documento (porque era difícil de clasificar qué actos pueden considerarse como tales, cuáles serían los efectos de tal clasificación y —en general— cuál sería la relación con el derecho penal internacional, que normalmente se ocupa de la responsabilidad penal individual de las personas).

81 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity…", p. 428.

82 *Ibídem,* p. 423.

83 *Ibídem,* p. 421.

84 *Ibídem,* p. 441.

85 *Ibídem,* p. 415.

86 Martti Koskenniemi, "Hierarchy in International Law: A Sketch", en *European Journal of International Law,* 1997, Vol. 8.

87 Herbert Hart, *The Concept of Law*…; Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*….

particular distribución de la riqueza y el poder"[88]. El pensamiento jerárquico también se ha asociado con una perspectiva exclusivamente masculina[89]. Además, las jerarquías en los sistemas jurídicos son a menudo "jerarquías enmarañadas", "en el sentido que el nivel más alto en la jerarquía 'se vincula' con el más bajo: finalmente lo que decide la validez del derecho divino es la trivialidad de las normas de procedimiento"[90]. En otras palabras, aún si las normas de *ius cogens* se distinguen a través de su importancia sustantiva y su superioridad, es inevitable que la formación de tales normas se convierta en el foco de la investigación.

La crítica de Weil sigue siendo un argumento convincente con respecto a los desafíos de la normatividad del derecho internacional (todos asociados con el cambio, en lugar de la permanencia). Sin embargo, su trabajo también se puede leer como "un esfuerzo un poco histérico para impedir que el mundo cambie [...] como el trabajo de una persona muy inteligente que no le gusta lo que está pasando en el mundo y que está transformando en teoría una especie de nostalgia ideológica de un periodo anterior de certeza y consenso"[91]. Pasamos ahora a analizar la normatividad relativa, mediante su concepto clave de la norma *ius cogens*.

La atracción de *ius cogens*

Se ha debatido si el *ius cogens* simplemente fue codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (y, por lo tanto, preexistió tal codificación) o si su inclusión representa un "desarrollo progresivo" del derecho internacional[92]. El artículo 53 y 64 de la Convención de Viena establecen, respectivamente, lo siguiente:

> ARTÍCULO 53
>
> Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional

88 Martti Koskenniemi, "Hierarchy…", pp. 570-571.

89 Hilary Charlesworth & Christine Chinkin, "The Gender of Ius Cogens", en *Human Rights Quarterly*, 1993, Vol. 15, p. 73 (en relación con el Estado-nación).

90 Gunther Teubner, "And God Laughed…", p. 578 (haciendo referencia a Hofstadter).

91 Richard Falk, "To What Extent are Internation Law and International Lawyers Ideologically Neutral?", en A. Cassese y J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Walter de Gruyter, 1988, p. 137.

92 Dinah Shelton, "International Law…", p. 148 (manteniendo la última opinión).

de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

ARTÍCULO 64

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Estos artículos dan lugar a más preguntas que respuestas, por ejemplo: (i) ¿cuáles normas pueden considerarse como normas de *ius cogens*?; (ii) ¿qué es la "comunidad internacional de Estados en su conjunto"?; (iii) ¿cómo o cuándo obtiene una norma del derecho internacional la condición de *ius cogens*?; (iv) ¿cómo se deja de tener tal condición?; (v) ¿están restringidos los efectos de las normas de *ius cogens* al derecho de los tratados?; (vi) la Convención de Viena es en sí misma un tratado; ¿si los Estados no han ratificado la Convención de Viena son obligados todavía por las normas de *ius cogens*?[93].

Aparte de estas preguntas, los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena (y el concepto de *ius cogens* como tal) parecieran contener dos dificultades estructurales. En primer lugar, las normas de *ius cogens* obligan a todos los Estados, independientemente de su consentimiento (ninguna derogación está permitida). Al mismo tiempo, el *ius cogens* se basa en el consentimiento estatal (a través de su reconocimiento por parte de la comunidad de Estados en su conjunto)[94]. En segundo lugar, las normas de *ius cogens* sólo pueden ser modificadas o dejar de existir si son sustituidas por otra norma de *ius cogens*. Esto parece implicar que algunas normas de *ius cogens* son *aún más* obligatorias que otras; se introduce una jerarquía dentro de una jerarquía de normas. La relación entre las normas conflictivas de *ius cogens* no es clara (por ejemplo, ¿se puede utilizar la fuerza para realizar el derecho a la libre determinación?). El concepto de *ius cogens* por sí mismo no está en la capacidad de resolver este dilema[95].

Incluso si la mayoría de las preguntas planteadas anteriormente no han recibido una respuesta definitiva[96], algunas aclaraciones han sido dadas por

93 Anthony D'Amato, "It's a Bird, it's a Plane, it's *Jus Cogens*!", en *Connecticut Journal of International Law,* 1990, Vol. 6 (para algunas de estas preguntas).

94 "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law", Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 abril 2006, párrafo 375.

95 *Ibídem,* párrafo 367.

96 *Ibídem,* párrafo 363.

la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y en la jurisprudencia de la CIJ. Es imposible abarcar aquí todas las preguntas mencionadas, por lo que a continuación sólo nos referimos a las preguntas (i), (v) y (vi).

(i)¿Cuáles normas pueden considerarse como normas de ius cogens*?*

El informe de la CDI sobre la fragmentación del derecho internacional (véase "La fragmentación de la normatividad del derecho internacional", más adelante) menciona como "los candidatos más citados para el estatus de *ius cogens*": la prohibición sobre el uso agresivo de la fuerza, el derecho a la legítima defensa, la prohibición del genocidio, la prohibición de la tortura, los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, la prohibición de la piratería, la prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*, y las normas básicas del derecho internacional humanitario[97]. Sin embargo, la CDI ha optado deliberadamente por no proporcionar ninguna lista definitiva "para permitir que el contenido completo de esta regla se resuelva por medio de la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales"[98].

Aunque se había mencionado el *ius cogens* en diversas opiniones disidentes de algunos jueces[99], la CIJ inicialmente parecía reacia a pronunciarse sobre el carácter de *ius cogens* de una norma[100]. En el caso de Actividades Militares y Paramilitares en, y en contra, de Nicaragua, aunque dicha corte menciona *ius cogens*, no aceptó explícitamente que la prohibición del uso de la fuerza fuera una norma de ese carácter[101]. En la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de las Armas Nucleares, la Corte parece haberse referido al *ius cogens*, sin mencionar explícitamente el concepto, cuando dijo:

> Un gran número de normas del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados son tan fundamentales al respeto de la persona humana y "consideraciones elementales de la humanidad" [que] estas reglas fundamentales deben ser respetadas por todos los Estados aunque no hayan ratificado las convenciones que las contienen porque constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario[102].

97 *Ibídem,* párrafo 374.

98 *Ibídem,* párrafo 376 (citando y confirmando el punto de vista de la CDI en 1966).

99 *Ibídem,* nota 529.

100 *Ibídem*, párrafo 378; Dinah Shelton, "International Law…", pp. 149-150; Por ejemplo: ICJ, *North Sea Continental Shelf*, párrafo 72.

101 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, párrafo 190; "Fragmentation of International Law…", párrafo 378; Dinah Shelton, "International Law…", p. 150.

102 ICJ, *Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons*, párrafo 79.

A pesar de que la Corte pareciera haber tenido muchas oportunidades para establecer que una norma tiene carácter de *ius cogens*[103], finalmente reconoció que la prohibición del genocidio tiene dicho carácter en el caso del *Congo c. Ruanda*[104].

Posteriormente, en el caso de *Alemania c. Italia*, Italia argumentó que, cuando surge un conflicto entre las normas de carácter *ius cogens* aplicables a los conflictos armados y las normas sobre la inmunidad del Estado, las primeras prevalecen sobre las últimas (porque las normas sobre inmunidad del Estado no son *ius cogens*; son parte del derecho internacional consuetudinario). La Corte no se pronunció específicamente sobre si las normas en cuestión (prohibición del asesinato de civiles y la deportación de civiles y prisioneros de guerra para trabajar en la esclavitud) tienen carácter de *ius cogens* (únicamente por razones de argumentación). Éste fue el primer caso en el que la Corte tuvo que enfrentarse al problema de la existencia de un conflicto entre las normas de *ius cogens* y las normas que tienen un carácter diferente (y supuestamente inferior). Sin embargo, la Corte resolvió que no existía tal conflicto. La regla sobre la inmunidad del Estado es una norma de procedimiento, la cual sólo determina si los tribunales nacionales de un determinado Estado pueden ejercer jurisdicción sobre otro Estado, mientras que la legalidad de los hechos por los cuales se hayan iniciado los pleitos (y la supuesta violación del *ius cogens*) es una pregunta independiente y sustantiva[105].

Otros tribunales internacionales se han referido también a *ius cogens*. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue el primer tribunal que se refirió al *ius cogens* (en relación con la tortura), aunque alegadamente lo hizo sólo para fines retóricos[106]. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que la tortura constituye una norma de *ius cogens*, pero que la violación de esa norma no priva al Estado de su inmunidad soberana[107]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió

103 Dinah Shelton, "International Law…", p. 150 (mencionando la ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of Congo *vs.* Belgium), Judgment (2002), ICJ Reports 3.

104 ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application:2002)*, párrafo 64. El Tribunal decidió que el simple hecho de que una disputa considere el cumplimiento de dicha norma no confiere jurisdicción a la Corte.

105 ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany *vs.* Italy: Greece *intervening*), Judgment (2012) párrafo 93.

106 *Ibídem,* p. 153; ICTY, Judgment, *Furundžija*, (IT-95-17/1), Trial Chamber, 10 de diciembre de 1998, párrafo 153.

107 Al-Adsani *vs.* United Kingdom, merits, No. 35763/97, ECHR 2001, párrafo (mencionado por la CIJ en *Jurisdictional Immunities of the State*).

a la no discriminación, la tortura, el acceso a la justicia, la prohibición de la desaparición forzada y la obligación de investigar y, en su caso, procesar estas violaciones como normas de *ius cogens*[108].

El *ius cogens* generalmente se ha mencionado sin dar una respuesta definitiva a la pregunta de cuáles normas específicas tienen tal carácter y cuáles son los efectos jurídicos de la designación de una norma como tal. Esto ha llevado a los críticos a argumentar que el concepto carece de contenido específico. Sin embargo, su falta de contenido también puede ser considerado como su fortaleza. Quizás la función más importante de *ius cogens* es que funciona como un recordatorio de la importancia de ciertas normas (como un "signo de exclamación"[109]; "implic[ando] algún tipo de naturalismo moral")[110].

(v) ¿Se encuentran limitados los efectos del ius cogens *al derecho de los tratados?*

Una norma de *ius cogens*, en el derecho de los tratados, tiene como efecto anular las disposiciones contrarias a ésta en un tratado. Además, las reservas a los tratados que entran en conflicto con las normas de *ius cogens* carecen de efectos jurídicos[111]. Esto podría implicar que el *ius cogens* sería comparable a la noción de "*ordre public*" en el derecho interno. Sin embargo, también se ha reconocido que los actos (incluso las declaraciones unilaterales de los Estados que están en conformidad con las leyes nacionales) pueden constituir actos ilegales en el derecho internacional si reconocen como lícita una situación creada en violación de una norma de *ius cogens*. Por ejemplo, el reconocimiento de un Estado que se ha constituido a través de las políticas de *apartheid* conllevaría a la responsabilidad internacional del Estado que realiza dicho reconocimiento[112].

Las normas de *ius cogens* se asocian a menudo con las obligaciones *erga omnes*. Sin embargo, se trata de dos conceptos distintos. Su relación es frecuentemente concebida de la siguiente manera: aún si todas las normas de *ius cogens* generan obligaciones *erga omnes*, no todas las obligaciones *erga*

108 Dinah Shelton, "International Law…", pp. 151-153.

109 Anthony D'Amato, "It's a Bird…", p. 5.

110 Martti Koskenniemi, "Hierarchy in International Law…", p. 566.

111 Report of the International Law Commission, sixty-third session, UN Doc. A/66/10Add.1, 2011 ("Guide to Practice on Reservations to Treaties").

112 John Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. 123-163 (sobre los bantustanes sudafricanos y el no reconocimiento de otros Estados creados en violación del *ius cogens*); ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion (2004), ICJ Reports; ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, mayo 31 del 2001, artículo 41(2).

omnes implican una norma de *ius cogens*[113]. Mientras *ius cogens* se refiere a la sustancia de una norma, las obligaciones de *erga omnes* se refieren principalmente a las posibles consecuencias de incumplimiento. La idea de las obligaciones *erga omnes* surgió primero como un *obiter dictum* (una declaración de la CIJ, que no se refiere específicamente a la controversia planteada en el caso sometido a su jurisdicción) en el caso *Barcelona Traction*: "en vista de la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden considerar tener un interés jurídico en su protección"[114]. Esto significa como se ha establecido en los artículos de la CDI sobre la "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", que un Estado no afectado directamente por el hecho ilícito de otro Estado puede aún tomar medidas contra ese Estado (dentro de ciertos límites)[115].

(vi) La Convención de Viena es en sí misma un tratado; ¿si los Estados no han ratificado la Convención de Viena están sujetos a normas de ius cogens*?*

Si solamente los Estados obligados a respetar las normas importantes del derecho internacional fueran los Estados que han ratificado los instrumentos pertinentes, entonces muchos derechos importantes carecerían de la protección adecuada. Es difícil aceptar que algún Estado no está legalmente obligado a desistir de llevar a cabo un genocidio, por ejemplo, si no ha ratificado la Convención sobre el Genocidio de 1948[116]. Aparte del hecho de que ésta es una norma de derecho internacional consuetudinario, algunas normas parecen tan importantes que es más que un poco artificial argumentar que los Estados tienen la obligación legal de cumplir con ellas simplemente porque han ratificado algún instrumento (y no debido a que, en las palabras de la CIJ, el incumplimiento "sacudiría la conciencia de la humanidad"[117] y sería contrario a "las consideraciones elementales de la humanidad").

Además, esta pregunta pone de relieve el carácter contradictorio (o circular) de las normas de *ius cogens*, confiando en —y a la vez saltándose— el consentimiento del Estado. Así mismo, se plantea la pregunta sobre la relación entre el *ius cogens* y otras normas. ¿Significa esto que el *ius cogens* "consume [...] y aniquila […] a cualquiera y todas las normas que se interponen

113 "Fragmention of International Law…", párrafo 405.

114 ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *Second Phase* (Belgium *vs.* Spain), Judgment (1970), ICJ Reports 3, párrafo 33.

115 ILC Articles…, artículo 42(b) y artículo 48.

116 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, diciembre 9 de 1948.

117 GA Res. 96 (1), diciembre 11 de 1946 (referida a, por ejemplo, en ICJ, *Reservations on the Convention on Genocide*, Advisory Opinion (1951), ICJ Reports 23).

en su camino", incluido el derecho internacional consuetudinario?[118]. El *ius cogens* obliga a todos los Estados (incluyendo potenciales objetores persistentes de las normas del derecho internacional consuetudinario)[119]. ¿Es el *ius cogens* el punto final de la formación de la norma, que sólo emerge cuando una disposición de un tratado se ha convertido en derecho consuetudinario y por último alcanza carácter de *ius cogens*? ¿O puede que una norma obtenga inmediatamente dicho carácter si la "comunidad internacional de los Estados en su conjunto" la reconociera como tal? (mientras que "la costumbre instantánea" es imposible, el *ius cogens* instantáneo sí sería posible)[120]. Estas preguntas siguen en gran medida sin respuesta; el *ius cogens* sigue siendo tan esquivo como siempre.

La evolución dinámica de las normas

La codificación y el desarrollo progresivo

Una representación manifiesta de un debate normativo respecto al cambio (y no la permanencia) en el derecho internacional, se relaciona con la así llamada evolución dinámica de las normas. En el derecho interno, la primera pregunta que se hace usualmente es si una norma, generalmente reconocida como jurídica y obligatoria, es aplicable a un caso específico (y cómo). En el derecho internacional, esa pregunta es precedida por la pregunta respecto a si una norma es jurídica y obligatoria para el Estado en cuestión (la regla debe ser primero identificada como una norma de derecho internacional en referencia a las "fuentes")[121]. En este proceso de identificación y calificación es esencial saber si la regla codifica el derecho existente o si se trata de una norma cuyo carácter jurídicamente obligatorio no ha sido establecido (todavía) más allá de toda duda o discusión. Esto último se asocia con el "desarrollo progresivo" del derecho. Mientras se puede considerar que la codificación está asociada con la permanencia, el desarrollo progresivo está asociado con el cambio.

La caracterización de un proceso como codificación o desarrollo progresivo es significativa. Una norma que es "simplemente" codificada tiene legitimidad evidente. Su codificación puede ser considerada como una

118 Anthony D'Amato, "It's a Bird…", p. 2.
119 Dinah Shelton, "International Law…", p. 156.
120 *Ibídem,* p. 149.
121 Hugh Thirlway, "The Sources…", p. 96.

mera formalidad (aunque también se evidencia su existencia). Sin embargo, el desarrollo progresivo de una norma puede dar lugar a un cuestionamiento de su legitimidad. La distinción entre la codificación y el desarrollo progresivo —por lo tanto— parece importante, ¿pero es posible hacer la distinción cada vez en relación con una norma específica?

La CDI, organismo cuyas actividades cotidianas consisten en la codificación y el desarrollo progresivo de las normas del derecho internacional, tuvo que interpretar estos conceptos para delimitar su propio ámbito de actuación (e influencia). La CDI selecciona temas para su codificación; dicha selección depende claramente de cómo se entiende la "codificación". El Estatuto de la CDI establece que: "la expresión 'codificación del derecho internacional' se utiliza por conveniencia en el sentido de la formulación más precisa y la sistematización de las normas del derecho internacional en los campos donde ya ha habido una amplia práctica de los Estados, precedentes y doctrina"[122].

Esto se debe distinguir del "desarrollo progresivo del derecho internacional" que "se utiliza por conveniencia, en el sentido de la preparación de los borradores de convenciones sobre temas que aún no han sido regulados por el derecho internacional o en razón de que el derecho aún no ha sido suficientemente desarrollado en la práctica de los Estados" (se trata de todas "las preguntas urgentes y novedosas que requieren un esfuerzo legislativo")[123]. La codificación y el desarrollo progresivo, y la distinción entre ellos, fueron establecidos entonces solamente "por razones de conveniencia"[124]. Esto ocultaba la dificultad, que ha marcado los debates de la CDI desde sus inicios, de hacer una clara distinción entre los dos conceptos[125].

Para que la relevancia y la autoridad de la CDI fueran aceptadas, uno tenía que suponer que "no hubo ninguna intención de que la Comisión se limitara a la codificación, al simple registro, de forma sistematizada, del derecho vigente"[126]. Como señaló el relator del Comité sobre el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación, el profesor Brierly:

> Tan pronto que uno empieza con este trabajo, se descubre que el derecho existente es a menudo incierto, que, por una razón u otra, existen brechas en

122 Survey of international law in relation to the work of codification of the international law commission, preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the Statute of the International Law Commission.

123 *Ibídem,* párrafo 19.

124 *Ibídem,* párrafo 3.

125 "Fragmentation of International Law…", párrafo 32.

126 "Survey of International Law…", párrafo 3.

> ella que [todavía] no están cubiertas. Si uno no hiciera caso a estas incertidumbres y estas lagunas y simplemente incluyera en sus reglas del código las leyes existentes que son absolutamente ciertas y claras, la obra tendría poco valor. Entonces, el codificador, si es competente en su trabajo, hará sus propias sugerencias; cuando la regla es incierta se le sugerirá cuál es la mejor interpretación; donde existe una brecha, se le sugerirá el mejor modo de llenarla [...] [así el codificador] estará trabajando en la *lex ferenda*, no la *lex lata* —estará ampliando el derecho y no solamente declarando el derecho que ya existe[127].

En el inicio de sus actividades, la CDI obviamente buscó forjarse un papel importante; un papel con autoridad. La intención era no estar empantanadas al "mero registro".

Más bien, se debía crear suficiente espacio para la participación del "codificador" en la humilde tarea de "la eliminación de brechas"; los miembros de la CDI deben ser capaces de "ampliar el derecho". Tal como dijo el profesor Brierly, si el trabajo de la CDI "fuera limitado a los campos donde existía un acuerdo total entre los Estados, el alcance de su tarea se reduciría a su mínima expresión. Se reduciría a cuestiones de pequeño perímetro, una preocupación exclusiva con la cual perjudicaría desde el comienzo la estatura y la autoridad de la Comisión de Derecho Internacional"[128].

En lugar de basarse en una interpretación restrictiva de la codificación, los miembros de la CDI —por lo tanto— reinventaron o redefinieron la codificación; en las palabras de un comisario: "la codificación es un proceso creativo"[129]. Esta nueva definición también remodeló la distinción entre la codificación y el desarrollo progresivo.

Se acordó que el enfoque de la CDI no debería estar en los detalles profanos, sino en los "*grandes lignes*"[130]. Al mismo tiempo, para que sus actividades sean prácticas y útiles, la CDI decidió mejorar la certeza jurídica del derecho internacional, enfocándose en la regulación existente que era de alguna manera "insatisfactoria y fragmentaria", y no compatible con los requisitos del derecho internacional[131]. La preocupación principal de la CDI se convirtió en "elegir" ("*pick*") los temas que eran idóneos para la codificación, según su "madurez"

127 *Ibídem.*
128 *Ibídem,* párrafo 11.
129 *Ibídem,* párrafo 5.
130 *Ibídem,* párrafo 12.
131 *Ibídem,* párrafo 13.

("*ripeness*"). La CDI consideraba un tema como "maduro" cuando la codificación era "necesaria o deseable" (según la CDI)[132].

Esto dejó la selección de temas para la codificación como un asunto más o menos arbitrario. Sin embargo, puesto que la "eventual codificación de la totalidad del derecho internacional debe ser adecuadamente considerada como el objetivo final de la Comisión de Derecho Internacional", la selección de temas para la codificación "se convierte en una pregunta que será determinada por consideraciones de conveniencia, del personal y medios disponibles, de la clasificación, y de la simetría científica"[133]. Como resultado de la tarea enorme y universal que la CDI se había fijado, la selección de temas para codificación se convirtió en una simple cuestión de logística, más que en un ejercicio potencialmente arbitrario cuya legitimidad podría ser cuestionada.

Interpretación evolutiva: los tratados y las normas como instrumentos vivos

Dado que el trabajo de la CDI es la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, este organismo tuvo que interpretar el alcance de estos conceptos. Otras instituciones, tales como órganos de tratados, tribunales y cortes internacionales, a menudo no especifican si están confirmando normas existentes o si están elaborando nuevas normas. Esto se deja a los comentaristas y a las opiniones de los jueces de dichos tribunales[134]. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede clarificar cómo se desarrolla progresivamente el derecho a través de la interpretación "evolutiva" o "dinámica" de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las normas de los derechos humanos están, tal vez más que cualquier otra disciplina, asociadas con el desarrollo progresivo del derecho. La naturaleza de dichas normas de los derechos humanos es vista, muchas veces, como "aspiracional"; en ese sentido el preámbulo de la Declaración Universal

132 *Ibídem,* párrafo 15 (con referencia al Estatuto de la CDI); ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, párrafo 89: *"it did not seem to be ripe enough for the Working Group to engage in a codification exercise over it" (*relacionados con la inmunidad soberana en los casos de violaciones de las normas de derechos humanos que tienen el carácter de *ius cogens*).

133 "Survey of International Law…", párrafo 19.

134 Una excepción es: ICJ, *Fisheries Jurisdiction Case* (United Kingdom *vs.* Iceland), Judgment (1974), ICJ Reports 3 (el Tribunal afirma que está aplicando *lex lata* y no anticipando el derecho "antes de que el legislador la haya establecido"), citado en Christine Chinkin, "The Challenge of Soft Law…", p. 864.

de Derechos Humanos se refiere a un "objetivo común"[135]. Ante las persistentes violaciones de las normas de derechos humanos, encontrar la práctica estatal necesaria para la formación del derecho internacional consuetudinario es un problema en el derecho internacional de los derechos humanos[136] (también porque la práctica del Estado se refiere a la práctica entre los Estados y no a la práctica en relación a las personas bajo la jurisdicción de un Estado)[137].

El derecho internacional de los derechos humanos ha sido llamado una disciplina de transformación, ya que, muchas veces, requiere un cambio social y político dentro de los Estados[138]. Los tratados de derechos humanos son diferentes a otros tratados en el sentido que se refieren, más que a las obligaciones entre Estados, a las relaciones entre el Estado y las personas sujetas a su jurisdicción[139]. El Estado es, al mismo tiempo, el garante y el violador de las normas de derechos humanos.

En consonancia con las particularidades del marco en que se desarrollan las normas de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la Convención de Derechos Humanos) utiliza un método específico de interpretación de las disposiciones del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (el Convenio Europeo)[140]. El artículo 32.1 del Convenio Europeo establece que la jurisdicción del Tribunal Europeo se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de ese Convenio. El preámbulo de éste se refiere a "la protección y el desarrollo" ("*maintenance and further realisation*") de los derechos humanos. Por lo cual ha habido cierto debate sobre la intención de los redactores del Convenio de prever la posibilidad de una interpretación dinámica[141].

135 Jack Donelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell University Press, 2003, p. 12; Henry Steiner, "International Protection of Human Rights", en M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 784-813, p. 804.

136 Hugh Thirlway, "The Sources…", p. 105.

137 *Ibídem,* p. 111.

138 Henry Steiner, "International Protection…", p. 800.

139 "General Comment 24: Issues Relating to Reservations Made Upon Ratification or Accession to the Covenant or Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations Under Article 41 of the Covenant", CCPR/C/21/REV.1/Add.6, noviembre 4 de 1994, párrafo 17.

140 Corte IDH, *Consular Assistance,* Advisory Opinion, octubre 1 de 1999, Series A, No. 16, pp. 256 y 257, párrafos 114 y 115; Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas* vs. *Chile*, Judgment, febrero 24 del 2012, párrafo 83.

141 Kanstantsin Dzehtsiarou, "European Consenus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12, pp. 1738 y 1739. "La protección ("*maintenance*") podría interpretarse en el sentido que la

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece los principios básicos de interpretación de los tratados. De conformidad con los artículos 31 y 32 de dicha convención, aparte del texto, el contexto, el sentido común, el objeto y fin (y *travaux preparatoires*, como medio complementario), la práctica de los Estados posterior a la ratificación de un tratado también puede ser utilizada para la interpretación del mismo. Sin embargo, se podría argumentar que la interpretación "dinámica" de la Corte va más allá de la práctica posterior de los Estados, en el sentido que dicha interpretación implica que el texto de una disposición debe interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta no sólo "los cambios que han ocurrido sobre el tiempo —[...] los cambios en la sociedad, en la moral, en las mentalidades, en las leyes, sino también las innovaciones tecnológicas y los avances científicos"[142].

En *Wemhoff c. Alemania*, el Tribunal creó el espacio necesario para la interpretación dinámica al rechazar la idea de que la Convención debe interpretarse "restrictivamente". El Tribunal sostuvo que: "Teniendo en cuenta que se trata de un tratado legislativo, es necesario buscar la interpretación más adecuada con el fin de alcanzar el objetivo y el propósito del tratado, no las interpretaciones que tiendan a limitar al mayor grado posible las obligaciones asumidas por las partes"[143]. En *Golder c. el Reino Unido*, el Tribunal se refirió al artículo 31 de la Convención de Viena (el "objetivo y fin" del tratado) y declaró que su interpretación del artículo 6 del Convenio Europeo (para incluir el derecho de acceso a la justicia) en ese caso "no es una interpretación extensiva que está forzando nuevas obligaciones a los Estados Contratantes"[144].

En *Tyrer c. el Reino Unido*, el Tribunal se refirió a la Convención como un "instrumento vivo"[145] (cosa que ha sido repetida muchas veces desde entonces): "[…] los tratados de los derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que tener en cuenta los cambios que se

---

efectividad de los derechos debe ser mantenida, aun cuando cambian las circunstancias, de esa manera permitiendo la referida interpretación dinámica".

142 Jean-Paul Costa, en "Dialogue Between Judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2011 (What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?)". En: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D901069F-76A0-401F-BF48-248FC80E728A/0/DIALOGUE_2011_EN.pdf, p. 5.

143 Wemhoff *vs.* Germany, merits, No. 2122/64, ECHR 1968, párrafo 8.

144 Golder *vs.* United Kingdom, merits, No. 4451/70, ECHR 1975, párrafos 34 y 36.

145 Baroness Hale of Richmond, en "Dialogue Between Judges…", p. 12 (que esta expresión hace eco del señor Sankey, en *Edwards* vs. *Attorney General for Canada,* cuando dijo que la Constitución de Canadá debería ser vista "como un árbol vivo, capaz de un crecimiento y expansión dentro de sus límites naturales").

han dado a lo largo del tiempo y, sobre todo, las condiciones actuales"[146]. En *Airey c. Irlanda*, la Corte afirmó que "La Convención tiene por objeto garantizar los derechos que son prácticos y eficaces, y no los derechos teóricos o ilusorios"[147]. La Corte reiteró esta afirmación en *Scoppola c. Italia* y dijo que "Si la Corte fracasara en mantener un enfoque dinámico y evolutivo, arriesgaría convertir la Convención en un obstáculo para la reforma y la mejora"[148]. Y en *Selmouni c. Francia*, la Corte se refirió al Convenio Europeo como un "instrumento vivo" para determinar que los actos que previamente habían sido calificados como tratamiento inhumano y degradante "podrían ser clasificados de manera diferente en el futuro", por ejemplo, como tortura[149].

El uso de la interpretación dinámica por el Tribunal plantea la pregunta de si existen límites a esa interpretación (sobre todo porque los Estados podrían estar obligados a más de lo que han consentido). ¿Se encuentra limitada esta interpretación por la voluntad de los Estados o se aplica la interpretación evolutiva por consentimiento tácito? En *Pretty c. el Reino Unido*, un caso complejo sobre una mujer que a causa de una parálisis no podía acabar con su vida y había solicitado la asistencia de su esposo. La apelante argumentó que la denegación del fiscal de garantizar que su marido no iba a ser procesado penalmente por dicha asistencia, resultaría en un trato inhumano y degradante mientras su enfermedad progresaba. El Tribunal decidió que esta afirmación de la apelante constituía "una construcción nueva y ampliada en el concepto de tratamiento" y no encontró una violación. La interpretación dinámica había encontrado su límite: "Si bien la Corte debe adoptar un enfoque dinámico y flexible para la interpretación de la Convención, que es un instrumento vivo, cualquier interpretación debe estar de acuerdo con los objetivos fundamentales del Convenio y su coherencia como un sistema de protección de derechos humanos"[150].

Los casos más complejos ponen de relieve las dificultades de la interpretación evolutiva y la forma en que ésta pretende navegar entre la estabilidad y la flexibilidad. Para que la interpretación del Tribunal tenga legitimidad, no puede dar la impresión de arbitrariedad o sugerir de alguna forma que el

146 Tyrer *vs.* United Kingdom, merits, No. 5856/72, ECHR 1978; Alistair Mowbray, "Creativity of the European Court of Human Rights", en *Human Rights Law Review*, 2005, Vol. 74, p. 63 (referencias a otras sentencias, posteriores a Tyrer *vs.* United Kingdom, que incluyen el argumento del "instrumento vivo").

147 Airey *vs.* Ireland, merits, No. 6289/73, ECHR 1979, párrafo 24.

148 Scoppola *vs.* Italy, merits, No. 10249/03, ECHR 2009, párrafo 104.

149 Selmouni *vs.* France, merits, No. 25803/94, ECHR 1999, párrafo 101.

150 Pretty *vs.* United Kingdom, merits, No. 2346/02, ECHR 2002, párrafo 54.

Tribunal está involucrado en un tipo de activismo judicial. Las críticas más frecuentes a la interpretación dinámica son las siguientes: (i) que los jueces asumen un papel legislativo, pasando por encima del consentimiento del Estado, (ii) que conduce a la inseguridad jurídica, y (iii) que no se encuentra apoyada por un razonamiento suficiente[151].

La idea de un "consenso europeo" se ha utilizado para justificar la interpretación dinámica, pero también para limitarla. El consenso europeo es entendido como un acuerdo emergente entre los Estados partes con respecto a una norma específica (y su alcance). Este consenso es identificado por el Tribunal a través de una investigación comparativa del derecho nacional de los Estados partes. Aunque aparentemente atractivo porque se basa en el consentimiento (indirecto) del Estado, las normas utilizadas para identificar ese consenso no son claras (a veces la investigación comparativa realizada parece demasiado limitada, y difícilmente puede dar lugar a una presunción fundada de la existencia de un consenso)[152].

Algunos jueces, del Reino Unido especialmente, donde —en virtud del sistema de *common law*— la tensión entre la permanencia y el cambio se resuelve a través de la doctrina del precedente[153], han expresado críticas respecto a la interpretación dinámica:

> La proposición de que la Convención es un "instrumento vivo" es la pancarta bajo la cual la Corte de Estrasburgo ha asumido el poder de legislar lo que ellos consideran se requiere para "el orden público europeo". Yo aceptaría totalmente que la expresión práctica de los conceptos empleados en un tratado o documento constitucional puede cambiar. [...] Pero eso no da derecho a un órgano judicial a introducir conceptos completamente nuevos, como la protección del medio ambiente, a un tratado internacional que no hace mención de ellos, simplemente porque estaría más de acuerdo con el espíritu de los tiempos[154].

La especificidad de las normas de derechos humanos y su interpretación ha llevado a Koskenniemi a decir que: "La autonomía invocada por los regímenes de derechos humanos constituye una maniobra sutil por los órganos de aplicación de derechos humanos para universalizar su jurisdicción. Argumentos 'dinámicos', y el *test* del objeto y el propósito permiten la

151 Kanstantsin Dzehtsiarou, "European Consensus…", pp. 1734-1735.
152 *Ibídem,* pp. 1735 y 1736; Baroness Hale, "Dialogue Between Judges…", p. 18.
153 Kanstantsin Dzehtsiarou, "European Consensus…", p. 1741.
154 *Ibídem,* p. 1737 (citando a Lord Hoffmann).

creación de un sesgo sistémico a favor de la persona protegida que podría ser difícil de justificar en virtud del derecho tradicional"[155].

La fragmentación de la normatividad del derecho internacional

Otro ejemplo de un debate normativo respecto al cambio en el derecho internacional se relaciona con una supuesta fragmentación de normas. Como se señaló anteriormente, el carácter jurídico del derecho internacional ha sido cuestionado, debido a la falta de un órgano legislativo y de un mecanismo de sanción organizado centralmente. Algunos dirán que "el derecho está hecho por el derecho"[156] y esta falta, por lo tanto, no afecta a las operaciones o la autonomía del derecho internacional como un sistema jurídico. En el derecho internacional, las normas se forman, reforman y transforman en diferentes foros, incluyendo los tribunales nacionales. Estos foros pueden ser asociados con regímenes normativos específicos (como el derecho comercial y de inversión, los derechos humanos y el derecho del mar). La proliferación de estos foros, y las normas que producen, habría dado lugar a una fragmentación de la normatividad del derecho internacional. A menudo es difícil enmarcar las normas desarrolladas en estos foros dentro del "aparato conceptual basado en fuentes" del derecho internacional[157].

Al comienzo de este siglo se estableció un grupo de trabajo de la CDI para investigar e informar sobre la fragmentación normativa en el derecho internacional y sus efectos. El grupo de trabajo, dirigido por el relator Koskenniemi, presentó sus conclusiones en un informe titulado: "La fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y la expansión del derecho internacional"[158]. El informe trata de abordar la fragmentación normativa al hablar sobre: (i) la relación entre el derecho especial y general, (ii) el derecho anterior y posterior, (iii) las leyes en los diferentes niveles jerárquicos, y (iv) el derecho y su entorno normativo.

El enfoque teórico adoptado en el estudio fue la idea de la "diferenciación funcional", entendida como "la creciente especialización de los sectores de la sociedad y de la automatización correspondiente de esos sectores".

155 Martti Koskenniemi, "What is International Law For?", pp. 51-52.

156 Gunther Teubner, "And God Laughed…", p. 377.

157 Benedict Kingsbury, "Sovereignty and Inequality", en *European Journal of International Law,* 1998, Vol. 9, p. 613 (haciendo referencia a "los fenómenos normativos transnacionales").

158 "Fragmentation of International Law…".

Diferenciación funcional se refiere a la aparición de los "regímenes autocontenidos [normativos]" que son diferenciados geográfica o funcionalmente (o ambos)[159]. Esta idea fue elaborada principalmente en la teoría social de Luhmann (e introducida a los análisis jurídicos por Teubner)[160]. Una de las hipótesis más generales del estudio es la paradoja (inevitable en cualquier debate normativo) que produce la globalización: "mientras que ha dado lugar a la creciente homogeneización de la vida social en el mundo, también ha llevado a la fragmentación cada vez mayor —es decir, a la aparición de esferas especializadas y relativamente autónomas de la acción social y la estructura"[161].

La fragmentación del derecho internacional plantea al menos dos preguntas principales: (i) ¿Se trata de un "nuevo" proceso; debe ésta ser asociada con la expansión (o erosión) del derecho internacional?; y (ii) ¿Cuáles son las consecuencias para el derecho internacional como disciplina (se transforma el derecho internacional en un tipo de derecho comparado)?

(i) ¿Es la fragmentación del derecho internacional un proceso "nuevo"; debe ser asociada a la expansión o la erosión?

La diversificación de las normas (que son potencialmente conflictivas), sin duda, ha existido siempre en el derecho internacional. No todas las normas del derecho internacional obligan a todos los Estados (o a todos los Estados de la misma manera)[162]. Así, la fragmentación de las normas en distintos sistemas normativos no implica necesariamente que se trata de una transformación total de la estructura normativa del derecho internacional. Además, pueden existir ya las herramientas para hacer frente a tal diferenciación, aunque puede ser que necesiten ser modificadas[163]. En otras palabras, puede ser que la fragmentación no sea un proceso "nuevo", ni problemático. Podría considerarse como una respuesta natural al cambio y que, en sí misma, da lugar a nuevos cambios. El derecho internacional debe tener la flexibilidad necesaria para "absorber" la fragmentación. El pluralismo y la fragmentación no impiden necesariamente la coherencia de su sistema normativo[164].

159 *Ibídem,* párrafos 7 y 15.

160 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004; Gunther Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", en *Michigan Journal of International Law,* 2004, Vol. 25, pp. 999-1046.

161 "Fragmentation of International Law…", párrafo 7.

162 *Ibídem,* párrafos 14 y16.

163 *Ibídem,* párrafo 20.

164 *Ibídem,* párrafo 491.

La primera respuesta al reconocimiento de la fragmentación del sistema normativo del derecho internacional es frecuentemente identificar las herramientas para hacer frente a esta fragmentación eficazmente (y mantener la viabilidad de la disciplina). Sin embargo, una evaluación del propio proceso de fragmentación no siempre sigue (o precede). ¿Es la fragmentación la perdición del derecho internacional? ¿Será que la complejidad normativa finalmente va a derrotar a la coherencia del derecho internacional? ¿O será que la fragmentación simplemente representa la condición postmoderna del propio derecho internacional? La fragmentación podría dar lugar a la tecnocracia y la despolitización del derecho internacional. También podría argumentarse que la fragmentación justamente impulsa la búsqueda de la coherencia, que en última instancia conduce a la formulación de principios unificadores, dando lugar a una "política pública global" (constituida por las diferentes normas e interviniendo en la producción de nuevas normas)[165].

El título del informe del grupo de trabajo de la CDI sugiere que la diversificación en el derecho internacional puede estar asociada con la expansión de la disciplina. Sin embargo, también puede significar todo lo contrario: una erosión de la disciplina[166] (o, más bien, una expansión que resulta en la erosión). La diversificación, que representa una producción continua de las diferencias cualitativas entre los regímenes normativos, también podría dejar la base normativa del derecho internacional indemne (afectando sólo de forma marginal la disciplina). Después de todo, el derecho internacional ya ha sido recaracterizado como una disciplina sobre las relaciones entre una variedad de actores (incluyendo al Estado, pero no siendo éste ya el actor privilegiado), normas, órganos y mecanismos de solución de controversias. La relación entre el derecho internacional y el derecho interno ya ha sido "copiada" al derecho internacional, por ejemplo, porque el derecho internacional siempre ha tenido que asumir la existencia de los foros nacionales para su propia relevancia (que difícilmente puede existir en un vacío sin la aplicación a nivel estatal).

(ii) ¿Cuáles son las consecuencias de la fragmentación para la disciplina (el derecho internacional se transforma en un tipo de derecho comparado)?

Se ha argumentado que, si bien los regímenes normativos pueden ser diferentes, comparten un impulso hegemónico. Cada uno "intenta ocupar el espacio por completo"[167], impulsar su propia agenda, se esfuerzan por

165 Benedict Kingsbury, "Sovereignty and Inequality…", p. 623.
166 "Fragmentation of International Law…", párrafo 9.
167 Martti Koskenniemi, "What is International Law For?...", p. 52.

lograr la universalización y operan desde un sesgo sistémico. Así también, podría decirse, lo hace el propio derecho internacional. Se apropia de otros regímenes y del mismo proceso de fragmentación (recordando su papel tradicional como el "árbitro neutral" entre los Estados)[168]. Los abogados especializados en derecho internacional tratan de mantener la relevancia de la disciplina al hacer indispensable el derecho internacional para la gestión de los conflictos normativos entre los diferentes regímenes. ¿Pero es éste realmente indispensable?

El derecho internacional tiene una tendencia natural a evitar el conflicto y el antagonismo, la cual tiene su base en las relaciones (diplomáticas y comerciales) entre los Estados[169]. Sin embargo, estos conflictos surgen inevitablemente cuando normas de diferentes regímenes son aplicables a la misma situación, pero sugieren distintas formas para abordar un solo tema[170] (como el derecho del comercio internacional y el derecho ambiental). Los regímenes normativos pueden ser considerados como diferentes epistemes que crean "conflictos cognitivos" cuando chocan[171]. El pluralismo jurídico, en este sentido, no (sólo) se refiere a los actores, movimientos sociales o comunidades, sino también a los diferentes discursos .

El conflicto de normas más citado es la sustitución de la expresión "control general" en el caso de *Actividades Militares y Preliminares en, y en contra, de Nicaragua,* de la CIJ, por "control efectivo" en el caso *Tadic* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia[172]. Otro conflicto bien conocido surgió en el caso *Beef Hormones* de 1998, cuando el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) concluyó que "lo que sea la condición de ese principio [el principio de precaución] 'en virtud del derecho internacional del medio ambiente', no [es] obligatoria para la OMC"[173]. El problema en cada caso es cuál es el régimen aplicable a la pregunta específica. Esto puede ser difícil de establecer ya que los mismos regímenes "no tienen límites claros"[174]. Entonces se convierte en una cuestión de competencia o jurisdicción ejercida por el órgano relevante de soluciones de conflictos. Dado que ningún régimen es totalmente autónomo[175], haciendo

168 Prosper Weil, "Towards Relative Normativity", p. 421.

169 "Fragmentation in International Law…", párrafo 37.

170 *Ibídem,* párrafo 25.

171 Gunther Teubner, "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law", en *Law & Society Review,* 1989, Vol. 23, p. 742.

172 "Fragmentation of International Law…", párrafos 49 y 51.

173 *Ibídem,* párrafo 53.

174 *Ibídem.*

175 *Ibídem,* párrafos 164 y192 (sobre el origen de los regímenes ver párrafos 157 y 158).

referencias cruzadas entre los regímenes distintos se podría establecer un cierto grado de armonización (en ausencia del "derecho internacional general" —ahora un término que requiere, más bien, clarificación)[176].

Si la fragmentación del derecho internacional se considera principalmente como un problema "técnico" que afecta la certeza jurídica y la coherencia de la disciplina, entonces dicha fragmentación podría ser resuelta por medio de las reglas relativas a los conflictos de leyes. La coordinación y, si fuera necesaria, la adjudicación serían posibles en casos de conflicto normativo dentro —y entre— los sistemas normativos[177]. Sin embargo, si el derecho internacional se redujera a una reserva permanente a la cual se recurriría en caso de conflictos normativos, se pondría en duda la pertinencia de la disciplina. El derecho internacional no sería nada más que una serie de "técnicas" para resolver "los choques" normativos. Se ha sugerido con optimismo que incluso un papel (residual) representa un proyecto político: "[…] una voluntad de escuchar a los demás, tener en cuenta sus puntos de vista y encontrar una resolución razonada al final"[178]. En otras palabras, la resolución de conflictos es una tarea inherentemente política. Las reglas para la resolución de conflictos normativos pueden considerarse como técnicas, normas de evaluación, pero también como un valor del propio derecho internacional. Estas normas no pueden permanecer totalmente neutrales; un sistema de conflicto de leyes no puede evitar el desarrollo de sus propias normas sustantivas[179].

La fragmentación del derecho internacional y los posibles conflictos que surgen de ella hacen cuestionar la neutralidad del derecho internacional y su relevancia futura. También muestra la relación íntima entre la normatividad y el poder (entendido no como un poder centralizado o soberano, sino como un poder que está difundido, y re-producido, por las normas)[180]. Se podría decir que el proceso de la globalización crea espacios normativos que ya no dependen de la soberanía del Estado. Estos espacios tienen por lo menos una "capacidad" o un potencial normativo. La normatividad como un potencial que aún no se ha actualizado implica un cierto grado de indeterminación e inseguridad y la posibilidad de un cambio (de regímenes normativos).

176 *Ibídem,* p. 256.

177 *Ibídem,* párrafo 493: The Vienna Convention as the Basis for an "International Law of Conflicts".

178 *Ibídem,* párrafo 487.

179 Gunther Teubner, "And God Laughed…", p. 397.

180 Michel Foucault, *The Will to Knowledge - The History of Sexuality: 1*, Londres, Penguin, 1998.

Una nueva comprensión de la normatividad

Tal vez no es gratuito que Weil describiera la normatividad relativa y dilución normativa como una "Patología del sistema normativo internacional". Weil, quien era profesor en la Universidad de París cuando escribió su crítica, probablemente estuvo familiarizado con el importante trabajo sobre la normatividad del epistemólogo francés y filósofo de la ciencia Georges Canguilhem (1904-1994). Aunque generalmente no se asocia a Canguilhem con el derecho internacional (o cualquier otro tipo de derecho), sus ideas presentan una nueva comprensión de lo normativo que puede revitalizar los debates normativos en el derecho internacional que se encuentran un poco gastados.

Fuera de Francia, Canguilhem es principalmente conocido como el mentor de Michel Foucault. Escribió sobre la normatividad en su libro *Le normal et le pathologique* (publicado durante la Segunda Guerra Mundial; una época en que escribir sobre lo normativo —especialmente en relación con la biología y la medicina— representaba un proyecto político)[181]. Esta obra inspiró las ideas de Foucault sobre el "bio-poder" y las prácticas de normalización. Canguilhem elabora la normatividad como un instrumento teórico, distinto de la forma en que fue entendido (y llegó a ser definido) por los filósofos de la modernidad.

Contra la idea de Kant de que un concepto sólo puede ser analizado a través de conceptos, Canguilhem buscó romper esta circularidad conceptual. La normatividad debía ser analizada a través de la vida, y no de los conceptos. La relación tradicional entre la normatividad y la moralidad, la distinción entre norma y realidad —así como las asociaciones posteriores de la normatividad con la normalización y el control— han, supuestamente, reducido el potencial de su idea de la normatividad. Adherirse a la distinción entre la norma y la realidad no sólo impide la indagación sobre los valores que motivan la representación de lo normativo como algo fáctico, sino que también dan origen a una actitud de "*c'est ainsi*", es decir, una aceptación tácita de la existencia de ciertos regímenes normativos. La normatividad, entendida de esa manera, no "plantea ningún problema teórico especial"[182]. Canguilhem propone que la normatividad no debe ser considerada como equivalente a la moralidad, como un promedio (con la posibilidad de individualizar por

181 Georges Canguilhem, *Le normal et le pathologique* [1943], París, Presses Universitaires de France, 2006.

182 Georges Canguilhem, "Notes sur la situation faite en France à la philosophie biologique", en *Revue de Métaphysique et de Morale,* 1947, Vol. 52, p. 324.

referencia a ella), ni como una norma para la corrección. Tampoco las normas deben ser consideradas como reglas o principios empleados como un argumento para hacer posible el conocimiento o el juicio (como en Kant).

Más bien, al igual que Nietzsche, Canguilhem está interesado en la evaluación de los valores (que presupone los valores y, por lo tanto, lleva a la cuestión de la creación de los valores o el origen de la normatividad). Esto da lugar a la comprensión de las normas como "productivas". En otras palabras, una norma no es un principio *a priori* o preexistente que representa un ideal o una regla por referencia al cual se pueden juzgar las cosas. Más bien, la norma es, por sí misma, generada por los valores y, a su vez, da lugar a éstos.

La noción de normatividad de Canguilhem no representa un valor en sí mismo sino una capacidad de —como Nietzsche lo llama— "cambiar perspectivas"[183] o desafiar las normas establecidas e instituir nuevas. Esto significa que el énfasis cambia de un enfoque de la norma como una regla o un estándar y del cumplimiento, o desviación, de esa norma, a un énfasis en los valores que subyacen a las normas y que hacen que las normas emerjan y cambien. Canguilhem observa que "lo normal no es estático o pacífico, sino un concepto dinámico y polémico"[184]. La idea de "la norma" o "la normatividad" representa necesariamente un valor y una evaluación. Como Macherey dice: "Las normas no tienen ninguna realidad fuera de la acción concreta por medio de la cual se efectúan y afirman su valor normativo contra los obstáculos que se oponen a esta acción"[185].

La imposibilidad de separar lo cuantitativo y lo cualitativo, o la norma como un estándar y la norma como un valor, implica la ambigüedad

183 Friedrich Nietzsche, *The Anti-Christ, Ecce Homo, Twilight of the Idols - and Other Writings*, en A. Ridley & J. Norman (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 76.

184 Georges Canguilhem, *On the Normal and the Pathological*, Dordrecht, Reidel, 1978, p. 146. Esto también significa que la noción de "la normatividad vital" representa un proyecto normativo y expresa la política de Canguilhem. Si su idea de la normatividad fuera sinónima con, o simplemente describiera, la diversidad empírica de los procesos vivos, faltaría incidencia crítica. Michel Foucault, *Abnormal - Lectures at the Collège de France 1974-1975*, V. Marchetti & A. Salomoni (eds.), Nueva York, Picador, 2003, p. 50: "La norma no es simplemente y ni siquiera un principio de inteligibilidad; sino que es un elemento sobre la base del cual un cierto ejercicio del poder está fundado y legitimado. Canguilhem lo llama un concepto polémico. Tal vez podríamos decir que es un concepto político. En cualquier caso […] la norma trae consigo un principio de calificación y corrección. La función de la norma no es excluir y rechazar. Más bien, siempre está vinculada a una técnica positiva de la intervención y la transformación, a una especie de proyecto normativo".

185 Pierre Macherey, "Normes vitales et normes sociales dans l'essai sur quelques problèmes concernant le normal et le pathologique", en F. Bing, *et al.* (eds.), *Actualité de Georges Canguilhem - Le normal et le pathologique*, París, Synthélabo, 1998, p. 83.

inherente de la noción de la norma (por ejemplo, las constantes fisiológicas se consideran normales en un sentido estadístico y descriptivo, pero también en un sentido terapéutico y normativo). Canguilhem afirma que esta ambigüedad de la norma es productiva: "esta ambigüedad es definitivamente instructiva, ya que muestra como el problema en sí mismo persiste dentro de la solución que presumiblemente se le da"[186]. Se podría argumentar que es esta ambigüedad dentro de la norma la que, cuando se exterioriza, da lugar a una distinción bastante rígida entre la norma y la realidad.

Canguilhem asociaba la normatividad con el potencial de cambiar y desafiar los regímenes existentes y, por lo tanto, con algún tipo de resistencia o flexibilidad. Su idea de la normatividad indica que no se puede escapar de ella en el sentido de que no hay escape de la desaparición y aparición continua de las normas; cualquier orden normativo es sólo temporal. Las normas contribuyen a, e intervienen en, la producción de otras normas. La norma también se ofrece como "un modo posible de unificar la diversidad, la resolución de una diferencia (*résorption d'une différence*), la solución de un desacuerdo (*règlement d'un différend*)"[187], pero siempre solo temporalmente.

En cuanto a la fragmentación normativa de derecho internacional, Canguilhem probablemente diría, con algún grado de satisfacción, que: "La inestabilidad de las cosas tiene como su correlativo la impotencia del hombre. La imagen de caos es la de una regularidad negada". Sin embargo:

> […] el orden de la edad de oro no puede durar porque la regularidad salvaje es la mediocridad; las satisfacciones allí son modestas —*aurea mediocritas*— [...] Cuando una norma se cumple sin la conciencia de una posible trascendencia, todo el goce es simple. ¿Pero será que uno puede simplemente disfrutar del valor de la propia norma? Para disfrutar de verdad del valor de la norma, el valor de la regulación, el valor de la valorización, la norma debe ser sometida a la prueba de la controversia[188].

La idea de caos sin regularidad, la fragmentación sin el derecho internacional como un lenguaje unificador o como un árbitro neutral (o la diversidad empírica de la naturaleza sin la unificación conceptual), anticipa la regularización o la unificación. Como tal caos y la incertidumbre correspondiente nunca dejarán de proliferar, la noción tradicional de lo normativo como regla o estándar sigue prevaleciendo. Sin embargo, Canguilhem

186 Georges Canguilhem, "On the Normal…", p. 36.
187 *Ibídem,* pp. 146 y 147.
188 *Ibídem,* p. 148.

cree que ese "*régularité sauvage*" se encuentra finalmente condenado a la mediocridad; no se puede mantener sin dar lugar a controversia, ser siempre probado y desafiado.

Conclusión

Los debates normativos en el derecho internacional suponen una negociación entre la permanencia y el cambio. Las características permanentes de (los debates sobre) la normatividad del derecho internacional son la "paradoja fundamental" del mismo y la crítica de su carácter jurídico. Características relacionadas con el cambio son el aumento de derecho blando (*soft law*), la normatividad relativa y la fragmentación de la normatividad. Ejemplos de las formas en que los abogados del derecho internacional tratan de neutralizar la tensión entre la permanencia y el cambio fueron proporcionadas con referencia a: (i) la búsqueda del equilibrio entre la codificación y el desarrollo progresivo en el trabajo de la CDI, (ii) la interpretación evolutiva y dinámica de las normas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y (iii) la identificación del carácter fragmentario del derecho internacional (y la posible redefinición del derecho internacional como una disciplina).

Teorizar sobre la normatividad significa teorizar sobre la contingencia. Las normas (y no sólo su interpretación) son inherentemente dinámicas e inciertas. Sin embargo, la incertidumbre es productiva. Ésta permite la flexibilidad necesaria para adaptarse a las circunstancias o cambios de posiciones y las preferencias normativas o sesgos sistemáticos. Esto hace necesario indagar sobre la creación de las normas y los proyectos normativos, los valores y la política detrás de esta creación. Por lo tanto, los debates normativos en el derecho internacional continuamente deben abrirse a nuevas interpretaciones de lo normativo.

Bibliografía

Airey *vs.* Ireland, merits, No. 6289/73, ECHR 1979.

Al-Adsani *vs.* United Kingdom, merits, No. 35763/97, ECHR 2001.

Alan Boyle, "Soft Law in International Law-Making", en M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Alistair Mowbray, "Creativity of the European Court of Human Rights", en *Human Rights Law Review,* 2005, Vol. 74.

Anthony Anghie, "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law", en *Harvard International Law Journal,* 1999, Vol. 40.

__ "The Evolution of International Law", en *Third World Quarterly*, 2006, Vol. 27.

Anthony D'Amato, "It's a Bird, it's a Plane, it's Jus Cogens!", en *Connecticut Journal of International Law,* 1990, Vol. 6.

Benedict Kingsbury, "Sovereignty and Inequality", en *European Journal of International Law*, 1998, Vol. 9.

Carl Schmitt, *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago, University of Chicago Press, 2005.

Christine Chinkin, "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", en *International Comparitive Law Quarterly,* 1989, Vol. 38.

Comité de Derechos Humanos de la ONU, General Comment 24: Issues Relating to Reservations Made Upon Ratification or Accession to the Covenant or Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations Under Article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, noviembre 4 de 1994.

Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile, Judgment, febrero 24 del 2012.

__ *Consular Assistance,* Advisory opinion, octubre 1 de 1999, Series A, No. 16.

Emanuelle Jouannet, "Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?", en *European Journal of International Law,* 2007, Vol. 18.

"Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission", UN Doc. A/CN.4/L.682, abril 13 del 2006.

Friedrich Nietzsche, *The Anti-Christ, Ecce Homo, Twilight of the Idols - and Other Writings*, en A. Ridley & J. Norman (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Georges Canguilhem, "Notes sur la situation faite en France à la philosophie biologique", en *Revue de Métaphysique et de Morale,* 1947, Vol. 52.

__ "The Decline of the Idea of Progress", en *Economy and Society,* 1998, Vol. 27.

__ *Le normal et le pathologique* [1943], París, Presses Universitaires de France, 2006.

Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford, Stanford University Press, 1998.

Golder *vs*. United Kingdom, merits, No. 4451/70, ECHR 1975.

Gunther Teubner, "And God Laughed…", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12.

__ "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law", en *Law & Society Review,* 1989, Vol. 23.

Gunther Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", en *Michigan Journal of International Law,* 2004, Vol. 25.

Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Clark, Nueva Jersey, The Lawbook Exchange, 2005.

Herbert Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

Hilary Charlesworth & Christine Chinkin, "The Gender of Ius Cogens", en *Human Rights Quarterly,* 1993, Vol. 15.

Hugh Thirlway, "The Sources of International Law", en M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002*), (Democratic Republic of the Congo *vs.* Rwanda), Judgment (2006), ICJ Reports 6.

__ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *Second Phase* (Belgium *vs.* Spain), Judgment (1970), ICJ Reports 3.

__ *Fisheries Jurisdiction Case* (United Kingdom *vs.* Iceland), Judgment (1974), ICJ Reports 3.

__ *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany *vs.* Italy: Greece *intervening*), Judgment (2012) par. 93.

__ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion (2004), ICJ Reports.

__ *Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion (1996), ICJ Reports 226.

__ *Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain* (Qatar *vs.* Bahrain), Judgment (1994), ICJ Reports 112.

__ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua *vs.* United States of America), Judgment (1986), ICJ Reports 14.

__ *North Sea Continental Shelf* (Germany *vs.* Denmark and Germany *vs.* The Netherlands), Judgment (1969), ICJ Reports 3.

__ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion (1951), ICJ Reports 15.

ICTY, Judgment, *Furundžija*, (IT-95-17/1), Trial Chamber, diciembre 10 de 1998.

ILC, Survey of international law in relation to the work of codification of the international law commission, preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the Statute of the International Law Commission, A/CN.4/1/REV.1, febrero 10 de 1949.

Jack Donelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell University Press, 2003.

Jean-Paul Costa, en "Dialogue Between Judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2011 (What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?)". En: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D901069F-76A0-401F-BF48-248FC80E728A/0/DIALOGUE_2011_EN.pdf.

J.H.H. Weiler & Andreas L. Paulus, "The Structure of Change in International Law or is There a Hierarchy of Norms in International Law?", en 8 *European Journal of International Law,* 1997.

John Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

Kanstantsin Dzehtsiarou, "European Consenus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12.

Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", en *Harvard Human Rights Journal,* 2002, Vol. 15, pp. 101-125, pp. 111-112.

Martti Koskenniemi, "Hierarchy in International Law: A Sketch", en *European Journal of International Law,* 1997, Vol. 8.

__ "What is International Law For?", en M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Mehrdad Payandeh, "The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart", en *European Journal of International Law,* 2010, Vol. 21.

Michel Foucault, *Abnormal - Lectures at the Collège de France 1974-1975*, V. Marchetti & A. Salomoni (eds.), Nueva York, Picador, 2003.

__ *The Will to Knowledge - The History of Sexuality: 1*, Londres, Penguin, 1998.

Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

ONU, GA Res. 96 (1), diciembre 11 de 1946.

Philip Alston, "The Myopia of the Handmaidens, International Lawyers and Globalization", en *European Journal of International Law,* 1997, Vol. 3.

Pierre Macherey, "Normes vitales et normes sociales dans l'essai sur quelques problèmes concernant le normal et le pathologique", en F. Bing, *et al.* (eds.), *Actualité de Georges Canguilhem - Le normal et le pathologique*, París, Synthélabo, 1998.

Pretty *vs.* United Kingdom, merits, No. 2346/02, ECHR 2002.

Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", en *The American Journal of International Law,* 1983, Vol. 77.

Report of the International Law Commission, sixty-third session, UN Doc. A/66/10Add.1, 2011 ("Guide to Practice on Reservations to Treaties").

Report of the International Law Commission, sixty-third session, UN Doc. A/66/10Add.1, 2011.

Richard Falk, "To What Extent are International Law and International Lawyers Ideologically Neutral?", en A. Cassese y J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Walter de Gruyter, 1988.

Scoppola *vs*. Italy, merits, No. 10249/03, ECHR 2009.

Selmouni *vs.* France, merits, No. 25803/94, ECHR 1999.

Stephen Neff, "A Short History of International Law", en M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Tyrer *vs.* United Kingdom, merits, No. 5856/72, ECHR 1978.

Vienna Convention on the Law of Treaties, UN Treaty Series, Vol. 1155, mayo 23 de 1969.

Wemhoff *vs.* Germany, merits, No. 2122/64, ECHR 1968.

SEGUNDA PARTE

Derecho internacional y la protección del ser humano

CAPÍTULO 6

La posición del individuo en el derecho internacional: Del nacimiento de la persona natural a la vida jurídica internacional

Lina M. Céspedes-Báez

Introducción

El tema que va a ser tratado en las siguientes páginas está íntimamente ligado con los debates respecto de quiénes pueden actuar jurídicamente en el campo del derecho internacional (DI). El caso de la persona natural o individuo (términos que van a ser utilizados como sinónimos de aquí en adelante), cuya capacidad jurídica es casi un dogma en el derecho interno, constituye uno de esos campos de reflexión reciente y polémico en el ámbito del DI, por cuanto su aparición jurídica como agente de sus derechos ha supuesto limitaciones al ámbito de acción de los Estados y una reformulación de las premisas del DI clásico. Este trabajo pretende explorar: (a) por qué la persona natural tarda tantos años en asumir protagonismo en el DI; (b) los cambios estructurales que debieron darse para que esto sucediera; y (c) las manifestaciones puntuales de ese nacimiento a la capacidad jurídica internacional, a través de la determinación de los campos en que sus actuaciones tienen efectos jurídicos en el DI.

Para ese efecto, en el apartado "Nociones generales" se examinarán conceptos generales para entender esta temática y las premisas sobre las cuales descansaba el DI clásico; en los apartados "La crisis del DI clásico y el surgimiento de la subjetividad internacional del individuo" y "La institucionalización y el fortalecimiento de la subjetividad internacional del individuo" se analizarán la crisis del DI clásico y cómo este fenómeno va abriendo paso al reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo; y en los apartados "La Organización de Naciones Unidas y la subjetividad internacional activa del individuo", "Los sistemas regionales y la

subjetividad internacional activa del individuo" y "Guerras, conflictos armados y el reconocimiento de la subjetividad internacional pasiva del individuo" se revisarán los escenarios puntuales donde se desenvuelve esa subjetividad internacional.

Nociones generales

El presente capítulo se inscribe en el tema general de la *subjetividad internacional*, entendida como la materia que estudia qué entes gozan de *capacidad jurídica y de obrar* en el ámbito del DI, en últimas, para ser titulares de *situaciones jurídicas subjetivas internacionales*[1] (capacidad jurídica) y para actuar directamente en la defensa de sus intereses y derechos en este plano (capacidad de obrar). Se acepta que las *situaciones jurídicas subjetivas internacionales* son relaciones sociales internacionales que tienen relevancia en el contexto del DI y, por tal, están previstas como supuestos de hecho en normas jurídicas que, principalmente, confieren o reconocen derechos subjetivos y obligaciones correlativas. La noción básica de derecho subjetivo utilizada en la teoría general del derecho encaja perfectamente en el ámbito del DI, de ahí que se defina como la posibilidad jurídica de un sujeto (activo) de exigirle a otro (pasivo) una conducta determinada. La obligación es el reverso de este escenario, mejor dicho, corresponde al sujeto pasivo, quien ha de desplegar la conducta en sacrificio de su interés y limitación de su libertad[2].

Así mismo, la subjetividad internacional está estrechamente ligada con la noción de *responsabilidad*[3], entendida como el evento en que "un comportamiento determinado, atribuido a un sujeto de DI, es calificado por ese ordenamiento como 'lesivo' para derechos o intereses de terceros sujetos y, por ello, es considerado un hecho jurídico al cual el DI vincula consecuencias determinadas: dar origen a un conjunto de nuevas relaciones jurídicas

1 *Cfr.* Fernando M. Mariño Menéndez, *Derecho Internacional Público,* Parte General, Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 89-90.

2 Para ahondar en la noción de derecho subjetivo ver: Juan Ramón de Páramo, "Derecho subjetivo", en Ernesto Garzón Valdes y Francisco Laporta (comp.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 367-394.

3 Dejo intencionadamente por fuera de este documento, por exceder el objeto del mismo, la discusión de la diferencia entre *responsability* y *liability.* Para ahondar en este tema, consultar: Martha Mejía y Stefan Kaiser, "Responsabilidad internacional: un término, dos conceptos, una confusión", en *Anuario Mejicano de Derecho Internacional,* 2004, Vol. IV, pp. 411-437.

('de responsabilidad') entre el sujeto al que se atribuya el hecho y el sujeto o sujetos injustamente perjudicados por el comportamiento de aquel"[4]. La teoría de la responsabilidad en materia internacional ha sido estructurada alrededor del hecho ilícito, definido como la violación de una obligación internacional, que da nacimiento a una relación obligacional distinta, cuyo contenido es reparar el perjuicio causado[5]. Es evidente, entonces, que si el hecho ilícito es una de las fuentes de obligaciones en el DI, la capacidad de obrar es fundamental para que los sujetos puedan establecer la responsabilidad y exigir la reparación del daño a través de acciones y procedimientos internacionales.

En lo tocante al DI, la subjetividad del individuo ha estado en entredicho, por cuanto su capacidad de obrar es reciente y limitada, en especial, cuando se observa en la perspectiva de la capacidad jurídica y de obrar absoluta de los Estados. Por este motivo, el debate acerca de quiénes son sujetos de DI está íntimamente ligado a la discusión más general acerca de los orígenes del mismo. Sin negar que el DI es un fenómeno que hunde sus raíces en la remota antigüedad, debido a las relaciones internacionales de distintos pueblos, civilizaciones e imperios[6], se suele aceptar que su génesis se encuentra en la Europa occidental del siglo XIV al XVII[7]. En efecto, el surgimiento del DI como se conoce hoy en día se atribuye a fenómenos como la consolidación del Estado moderno[8] en este continente y a la Paz de Westfalia[9]. Estos dos hitos históricos permitieron ampliar la capacidad jurídica internacional de los Estados y le confirieron un papel central en el

4 Fernando M. Mariño Menéndez, *op. cit.,* 2005, p. 473.

5 Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público,* Madrid, Editorial Tecnos, 2006, pp. 822-840.

6 Fernando M. Mariño Menéndez, *op. cit.*, 2005, pp. 45-52.

7 Manuel Diez de Velasco, *op. cit.*, 2006, pp. 60-63.

8 Cuando se habla de Estado moderno se hace referencia a un poder político supremo organizado alrededor de una entidad territorial y de una población identificada, la cual tiene el monopolio de la administración pública, del ejército y de la burocracia. *Cfr.* Reinhart Kössler, "The Modern Nation State and Regimes of Violence: Reflections on the Current Situation", en *Ritsumeikan Annual Review of International Studies,* 2003, Vol. 2, pp. 15-36.

9 Como suele suceder, existe literatura que cuestiona el papel de la Paz de Westfalia en la configuración del derecho internacional moderno. Al respecto ver: Stéphane Beaulac, "The Westphalian Model in Defining International Law: Challenging the Myth", en *Australian Journal of Legal History*, 2004, Vol. 8, pp. 181-213. Es cierto que la configuración del Estado moderno venía dándose desde el siglo XIV y que la idea de soberanía ya estaba en la mente de varios monarcas, señores feudales y pensadores en tiempos anteriores a estos tratados, pero es innegable que Westfalia es un punto estratégico en la historia del derecho internacional que, si bien simplifica, como todo hito, permite identificar cronológicamente desarrollos determinantes para la comprensión de la realidad actual.

desarrollo de las relaciones internacionales, las cuales pronto irían cristalizando en costumbres internacionales, las cuales, a su vez, conformarían poco a poco el cuerpo normativo del DI. Este ensanchamiento de las facultades jurídicas internacionales del Estado se hizo de la mano de la conceptualización del principio de soberanía, no en vano la primera formulación ordenada y sistemática del mismo se realizó de la mano de Jean Bodin en su tratado *De Republica,* en 1576.

En efecto, los tratados de Westfalia estaban atravesados por dos ideas básicas: la soberanía y la igualdad de los Estados. Dicho reconocimiento permitió establecer acuerdos de cooperación y coordinación entre los mismos para superar la guerra que había desangrado a Europa por varias décadas y transformó ciertos asuntos, como la libertad religiosa, que antes se manejaban como cuestiones de derecho interno, en asuntos de derecho público europeo. Desde ese momento en adelante, las relaciones jurídicas de los Estados estarían caracterizadas de manera explícita por el voluntarismo, pues estos eran a su vez creadores y receptores de las normas de DI, y el principio de no intervención en sus asuntos internos se posicionaría como el correlato necesario a la soberanía.

Con los tratados de Westfalia se culminó el proceso de consolidación del sistema europeo de Estados, lo cual abrió la puerta, a partir del siglo XVII, a la formulación de la teoría de los derechos fundamentales de los Estados[10], dentro de la cual se posicionó al Estado como sujeto exclusivo del DI, precisamente, por ser el único ente con capacidad para producir normas y garantizar su cumplimiento en este ámbito. Por supuesto, este orden internacional se caracterizaba por el enaltecimiento del derecho de todo Estado soberano a hacer todo lo necesario para su conservación, de ahí que el uso de la fuerza armada fuera prerrogativa indispensable y un corolario obligado del carácter liberal, descentralizado y oligocrático[11] del sistema de

10 *Cfr.* Luis Malpica de Lamadrid, "Revisión del Régimen Constitucional de los Tratados", en Ricardo Méndez Silva (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 349-369.

11 "Liberal, porque sus normas atendían casi exclusivamente a la distribución de competencias entre los Estados y a la regulación de las relaciones entre ellos, siempre en el respeto casi absoluto de la soberanía nacional, lo que explica que no se prohibiera el recurso a la fuerza y a la guerra. Descentralizado, porque era palmaria la ausencia de instituciones u organismos que sirvieran como instancias de moderación del poder de los Estados. Y oligocrático, porque era un orden concebido esencialmente para satisfacer los intereses de un grupo reducido de Estados, al calor, precisamente de su carácter liberal y descentralizado […]". Manuel Diez de Velasco, *op. cit.*, Madrid, 2006, p. 63.

DI clásico[12]. Este derecho público europeo fue universalizándose a través de las relaciones de dominación colonial y subordinación económica y política que estableció Europa con otros continentes, y sus consecuentes guerras independentistas.

Para la segunda mitad del siglo XIX, la aparición de las primeras codificaciones de normas de derecho internacional humanitario (DIH) anunciaron los cambios que estaban por venir en el siglo XX, por cuanto estos instrumentos dieron inicio a la consagración de normas jurídicas específicamente dirigidas a los individuos para promover su protección y la limitación de los medios y métodos empleados en la operaciones bélicas[13]. A la par se celebraron los primeros tratados internacionales para abolir la trata de esclavos, dentro de los cuales se destacan el Tratado para la Abolición de la Trata, entre las coronas de España y Gran Bretaña, de 1835, y las partes pertinentes del Acta Final del Congreso de Viena de 1815, del Acta de Berlín de 1885 y del Acta General de Bruselas de 1890. A pesar de estos esfuerzos por consagrar cuerpos jurídicos internacionales que tuvieran como destinatario a la persona humana, el DI clásico seguía fuertemente arraigado en la idea de que solamente los Estados estaban dotados de subjetividad internacional y que éstos eran los únicos llamados a proteger a sus nacionales, a exigir y promover el reconocimiento de sus derechos (capacidad de obrar). La protección diplomática fue y sigue siendo el medio por excelencia para lograr este cometido, entendida generalmente como la acción de un Estado frente a otro extranjero para reclamar el respeto y reconocimiento del DI frente a sus nacionales[14]. Hay que destacar que en estos eventos, el Estado ejercita siempre un derecho propio (capacidad jurídica), es decir, nunca actúa como representante de su ciudadano, sino como titular de una facultad de exigir una conducta determinada de otro Estado[15].

12 Si bien los tratados de Westfalia procuraron poner ciertas limitaciones al recurso de la fuerza armada, por medio de un sistema de seguridad colectiva, su fracaso casi inmediato propició una práctica en la que la amenaza recíproca por medio de la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza armada por parte de los Estados mantuvo a Europa en un relativo equilibrio hasta la Primera Guerra Mundial.

13 Dentro de los primeros instrumentos en la materia se encuentran el Convenio de Ginebra de 1864, la Declaración de San Petersburgo de 1868, los convenios de La Haya de 1899 y 1907, entre otros.

14 Manuel Diez de Velasco, *op. cit.*, 2006, pp. 865-869.

15 *"Diplomatic protection and protection by means of international judicial proceedings constitute measures for the defence of the rights of the State. As the Permanent Court of International Justice has said and has repeated, 'by taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting*

Los esfuerzos específicamente dirigidos a dotar de capacidad de obrar a los individuos en el ámbito del DI datan de principios del siglo XX. Los antecedentes más remotos suelen encontrarse en la XII Convención de la Haya de 1907, en la que se creaba un Tribunal Internacional de Presas, mas nunca entró en vigor, y en los Tratados de Paz de la Primera Guerra Mundial en los que se preveía la competencia de algunos tribunales arbitrales mixtos para dirimir controversias entre particulares y Estados exenemigos[16]. Para 1907, con la Convención de Washington, se tiene el primer caso exitoso en esta materia, con la creación de la Corte de Justicia Centroamericana, que sesionó hasta 1918. Ante este Tribunal se podían ventilar, entre otros, controversias relativas a la violación de derechos humanos en contra de los Estados parte presentadas directamente por particulares. Durante los años de su existencia, la Corte conoció seis casos de esta índole, los cuales en su mayoría no fueron estudiados de fondo, por razones de admisibilidad[17].

Habría que esperar a que el DI clásico, con su postulado de supremacía absoluta de los Estados, entrara en crisis para que la capacidad de obrar de los individuos se fuera abriendo paso y cimentando en recursos e instituciones con mayor vocación de permanencia. De acuerdo con el profesor Manuel Diez de Velasco, tres eventos han sido identificados como los hitos de esta crisis: la Revolución Bolchevique de 1917, las secuelas de las dos guerras mundiales del siglo XX y la descolonización[18]. En efecto, el primero de estos eventos puso en entredicho la universalidad del DI y promovió la revisión de normas internacionales, especialmente en materia económica y política. El segundo, por su parte, desencadenó la creación de la Sociedad de Naciones y, posteriormente, de la Organización de Naciones Unidas, además de los movimientos codificadores internacionales en materia de protección del individuo y de la limitación del recurso al uso de la fuerza. Por último, el movimiento surgido directamente del reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos en la Carta de Naciones Unidas y en resoluciones de la Asamblea General, permitió la descolonización

---

its own rights–its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law' (P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 12, and Series A/B, Nos. 20-21, p. 17)". *Nottebohm Case,* Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, ICJ Reports 1955, p. 24.

16 Manuel Diez de Velasco, *op. cit.*, 2006, pp. 290-291.

17 Alejandro Montiel Argüello, "La Corte de Justicia Centroamericana y los Derechos Humanos", en Manuel Diez de Velasco, *Liber amicorum: colección de estudios jurídicos en homenaje al prof. dr. D. José Pérez Montero,* Universidad de Oviedo, 1988, Vol. 1, pp. 934-935.

18 *Cfr.* Manuel Diez de Velasco, *op. cit.*, 2006, pp. 63-70.

progresiva y la inclusión de más Estados a la sociedad internacional[19], con la consecuente diversificación de temas de interés y dilemas jurídicos internacionales.

La crisis del DI clásico y el surgimiento de la subjetividad internacional del individuo

Tras la Revolución Bolchevique y las dos guerras mundiales del siglo XX se derrumbaron tres premisas fundamentales en el ámbito del DI: (i) la universalidad del DI; (ii) el equilibrio entre los Estados a través de la garantía de la soberanía y el derecho al uso de la fuerza; y (iii) la protección del individuo a través de la nacionalidad.

El DI del siglo XIX estuvo caracterizado por un fuerte predominio de Europa en la creación, interpretación y aplicación de normas internacionales. Basta tener en mente que el ordenamiento internacional de la época consideró lícitas las adquisiciones coloniales, a través de instrumentos como el Acta General de la Conferencia de Berlín de 1885[20], piedra angular de la colonización de África. La Revolución Bolchevique puso en entredicho ese carácter eurocéntrico y liberal del DI, y señaló cómo la formación de normas consuetudinarias sólo atendía a la práctica de los Estados poderosos[21].

Por su parte, la Primera Guerra Mundial y la Segunda Guerra Mundial dejaron en claro que la concepción de una soberanía absoluta y un sistema internacional basado en el equilibrio de los Estados, con base en la garantía del recurso a la fuerza, producía como resultado periodos de tensiones y carreras armamentistas que desembocaban inevitablemente en guerras altamente destructivas. Así mismo, la Guerra Civil Española marcaría el inicio de una creciente duda respecto del papel del Estado como único garante de

19 "La sociedad internacional es la formación social concreta en que actualmente se estructura la convivencia de todas las personas, pueblos, entidades políticas y grupos transnacionales de poder en el seno de la humanidad; su compleja estructura socio-política es todavía hoy fundamentalmente interestatal. La sociedad internacional constituye la *base de la comunidad internacional contemporánea.* Ésta, por su parte, se integra y conforma por los entes colectivos, principal aunque no exclusivamente los Estados soberanos, que establecen entre sí, relaciones reguladas por las normas del derecho internacional público o derecho de gentes. Es por ello una *comunidad jurídica*", en Fernando M. Mariño Menéndez, *op. cit.*, 2005, p. 19.

20 Fernando M. Mariño Menéndez, *op. cit.*, 2005, pp. 57-58.

21 *Cfr.* R.J. Macdonald y Douglas M. Johnston, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory,* La Haya, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1983.

los derechos de sus nacionales, e hizo evidente la desprotección en la que se encontraba el individuo frente a las acciones u omisiones del mismo[22].

En cuanto a la nacionalidad, es claro que desde la consolidación del DI clásico[23], la posición del individuo ha estado determinada por su pertenencia a un Estado y por los derechos y obligaciones que esta situación le confiere, tanto desde el punto del ordenamiento internacional, como doméstico. De ahí que se considere que la nacionalidad es un vínculo jurídico entre la persona humana o jurídica y el ente estatal[24]. Ahora bien, las normas sobre cómo se confiere la nacionalidad son bastante escasas en materia internacional, puesto que el principio de soberanía le da amplio margen a los Estados para determinar cómo y cuándo se adquiere[25]. No obstante lo anterior, es aceptado que el derecho a tener una nacionalidad es un derecho humano[26], razón por la cual los Estados encuentran en esta nota característica la limitación a sus potestades.

Es posible afirmar que la nacionalidad es uno de los vínculos jurídicos más determinantes que tiene el individuo en el DI, porque, como ya se expresó más arriba, derechos y obligaciones de gran importancia emanan de éste: (i) el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática; (ii) el deber de admisión; (iii) el deber de lealtad de los nacionales para con el Estado; (iv) el derecho a negar la extradición; (v) responsabilidad del Estado por el actuar de sus nacionales; (vi) determinación del estatus de enemigo en tiempos de guerra; y (vii) ejercicio de la jurisdicción[27].

22 *Cfr.* Milena Costas Trascasas, *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del derecho internacional,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 46-48.

23 Esto no quiere decir que el vínculo de las personas naturales con las entidades estatales no existiera antes de este momento, pero la noción como la conocemos hoy en día tiene su antecedente inmediato en la consolidación del Estado moderno, la cual coincide con la etapa del derecho internacional clásico. Para ampliar se puede consultar: Alfred M. Boll, *Multiple Nationality and International Law,* Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

24 Alfred M. Boll, *ibídem,* pp. 57-60.

25 *Cfr.* Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva No. 4, febrero 7 de 1923, "Los decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos (Zona Francesa) el 8 de noviembre de 1921". *Nottebohm Case,* Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, ICJ Reports 1955, p. 4.

26 *Cfr.* Artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 1 de la Convención de la Haya de 1930 sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad.

Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

27 Alfred M. Boll, *Multiple Nationality and International Law,* Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 113-114.

Adicionalmente, debido al bajo nivel de institucionalización del DI clásico, incluso del catalogado como contemporáneo, la manera más efectiva y expedita para gozar de los beneficios del ordenamiento internacional se hace a través del establecimiento de la relación de la persona con un Estado, es decir, de la nacionalidad.

El desenvolvimiento de la Guerra Civil Española y, especialmente, de la Segunda Guerra Mundial, mostró cómo en ocasiones los Estados podían actuar en contra de sus nacionales, dejándolos desprovistos de la protección jurídica en su país y de la diplomática en el extranjero. Judíos alemanes enviados a campos de concentración, junto con discapacitados y homosexuales, por orden del mismo Estado del que eran nacionales, la imposición del régimen franquista con la consiguiente represión de los republicanos y la ocupación[28] de otros países y territorios puso de presente la vulnerabilidad jurídica del individuo y el peligro de dejar su protección íntegramente en manos de los Estados.

El panorama descrito propició dos cambios estructurales en el DI: (i) la limitación del recurso al uso de la fuerza por parte de los Estados; y (ii) el reconocimiento, gradual y con vocación de permanencia, de la subjetividad internacional activa y pasiva de los individuos. Es pertinente anotar que este reconocimiento ha sido limitado y se ha llevado a cabo, básicamente, a través de instrumentos internacionales de derechos humanos y de la creación de organismos del nivel universal o regional que monitorean su cumplimiento.

La institucionalización y el fortalecimiento de la subjetividad internacional del individuo

Las organizaciones internacionales son un fenómeno propio del siglo XX, el cual se consolidó con la Sociedad de Naciones y, luego, con la Organización de Naciones Unidas. El sistema de conferencias y congresos para resolver problemas comunes, especialmente en Europa, presentaba el problema de la falta de continuidad, la inexistencia de reglas para determinar qué Estados podían participar y la necesidad del consenso. Adicionalmente, los

28 El artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907 indica que "se considera un territorio como ocupado cuando se encuentra de hecho colocado bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende más que a los territorios donde dicha autoridad se halla establecida y con medios para ser ejecutada".

asuntos de seguridad seguían siendo de resorte exclusivo de los Estados[29]. Esto cambiaría radicalmente con las dos guerra mundiales del siglo XX, ya que llevó a reflexionar a la comunidad internacional acerca de la soberanía absoluta del Estado y su derecho al uso de la fuerza.

Las acciones tendientes a limitar el uso de la fuerza, que datan de los tiempos de San Agustín (354-430)[30], tuvieron un lento desarrollo, no exento de retrocesos, a través de los siglos, que culminó en la expedición de la Carta de Naciones Unidas, en la creación de dicha organización internacional y en la prohibición expresa de su uso, salvo circunstancias excepcionales: (i) legítima defensa o (ii) autorización del Consejo de Seguridad[31]. Así mismo, la Carta incorporó la mención de los derechos humanos como claros limitantes del actuar de los Estados y del principio de soberanía[32]. De esta manera, la organización internacional mencionada vino a solucionar, entre otros, un problema de cooperación entre los Estados[33]: la necesidad de promover la seguridad mundial, la urgencia de evitar una guerra similar o peor que las dos guerras mundiales. Específicamente, ese objetivo pretendió ser alcanzado por medio de la entrega del monopolio de la fuerza al Consejo de Seguridad, salvo en las situaciones mencionadas, y la limitación de la soberanía del Estado con respecto a sus ciudadanos a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En esta lógica, la Carta de Naciones Unidas dio inicio al proceso de estructuración y codificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[34] y a la institucionalización del uso de la fuerza y de la protección de la persona humana. Desde este momento en adelante, el individuo y su dignidad pasarían a ser parte esencial del ordenamiento jurídico internacional, como parámetro a ser observado, como bien jurídico protegido y, en algunos casos que se explicarán más adelante, como pretensión para

29 René Fernando Urueña, *Derecho de las Organizaciones Internacionales,* Bogotá, Universidad de los Andes, 2008, pp. 106-111.

30 Mary Ellen O'Connell, *International Law and the Use of Force,* Foundation Press, 2005, pp. 106 y 107.

31 *Cfr.* Artículos 2.4 y 51 de la Carta de Naciones Unidas.

32 *Cfr.* Artículos 1, 13, 26, 55, 62, 68 y 76.

33 *Cfr.* Andrew T. Guzman, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, 2008, capítulo 2.

34 De la misma manera como los intentos de limitación del uso de la fuerza datan de siglos anteriores, las raíces de los derechos humanos pueden encontrarse desde los pensadores cristianos de los siglos IV y V. Sin embargo, el antecedente directo lo podemos encontrar en el siglo XIX con los tratados para eliminar la trata de esclavos. *Cfr.* Stephen Kabera Karanja, *Transparency and Proportionality in the Schengen Information System and Border Control Cooperation,* Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 67-69.

establecer la responsabilidad internacional de los Estados. Por supuesto, el proceso de estructuración estuvo acompañado de la aceptación de la necesidad de crear organismos e instancias diferentes de los Estados para verificar el cumplimiento de los derechos humanos y de reconocer cierta capacidad de obrar a los individuos en el plano internacional. Las guerras ya habían dejado claro que el poder exorbitante de los Estados se ejercía en bastantes ocasiones en contra de los nacionales y/o residentes de éstos y que muy pocas veces los demás Estados tenían interés o, simplemente, el poder para evitar dichas violaciones. Esto era especialmente cierto cuando estaba de por medio la seguridad o supervivencia del ente estatal. También se asumió que los tratados de derechos humanos, al no regular prestaciones recíprocas entre Estados, sino para con sus nacionales y residentes, no podían estar sujetos a los mismos métodos para obtener su cumplimiento, por ejemplo, la amenaza de suspensión o terminación del tratado y la consecuente responsabilidad internacional del Estado[35].

La Organización de Naciones Unidas y la subjetividad internacional activa del individuo

Una vez se reconoció el poco interés de los Estados en cumplir sus obligaciones de derechos humanos, en especial en situaciones en que la supervivencia del mismo estaba de por medio, los instrumentos internacionales concentraron sus esfuerzos en establecer organismos, instancias y procedimientos propios para la protección de los derechos del individuo en la comunidad internacional. Para el caso de Naciones Unidas, es menester aclarar desde un comienzo que éstos no tienen carácter judicial y que muchas veces no culminan con una decisión particular.

Para su comprensión, la doctrina ha separado los órganos de Naciones Unidas en: (i) órganos creados por la Carta de Naciones Unidas y (ii) órganos creados por tratados[36].

Cuando se habla de órganos creados por la Carta, se hace referencia a dos tipos de órganos: (a) los que surgen directamente de la Carta, como la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo de Derechos Humanos, entre otros; y (b) los que han sido autorizados por alguno de éstos, como la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos

35 *Cfr.* Andrew T. Guzman, *op. cit.,* capítulo 4.

36 *Cfr.* Henry J. Steiner, *et al., International Human Rights in Context. Law, Politics, Moral,* Oxford University Press, 2008, pp. 737-742.

Humanos o la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. De estos órganos, vale la pena mencionar el Consejo de Derechos Humanos y la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, por cuanto éstos tienen establecido en su mandato procedimientos de queja[37], las cuales pueden ser interpuestas por individuos u organizaciones no gubernamentales. A pesar de lo anterior, estos procedimientos no establecen responsabilidad sobre la violación de derechos humanos, ni sobre los derechos individuales vulnerados, simplemente estudian la situación y elaboran recomendaciones para los Estados y los órganos competentes de Naciones Unidas. De hecho, nunca dan una respuesta específica a las organizaciones o personas que presentaron la queja. Por todo lo anterior, estos procedimientos no pueden ser considerados como escenarios de reconocimiento y desarrollo de la subjetividad internacional activa del individuo, aunque pueden entenderse como sus antecedentes.

Para el momento de la revisión de este artículo, de los órganos creados por los tratados, nueve pueden conocer quejas presentadas por individuos[38]: (1) el Comité de Derechos Humanos, de acuerdo con el Primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (2) el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de acuerdo con el Protocolo Facultativo a la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; (3) el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), de acuerdo con el artículo 14 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial; (4) el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de acuerdo con el Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; (5) el Comité contra la Tortura, de acuerdo con el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; (6) el Comité contra la Desaparición Forzada, de acuerdo con el artículo 31 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; (7) el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de acuerdo con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (8) el Comité de los Derechos del Niño, de acuerdo con el Protocolo Facultativo

37 *Cfr.* Human Rights Council Resolution 5/1 y Economic and Social Council resolutions 1983/27 del 26 de mayo de 1983, 1992/19 del 30 de julio de 1992, 1993/11 del 27 de julio de 1993, 2009/16 del 28 de julio del 2009 y la decisión 2002/235 del 24 de julio del 2002.

38 Ver: Human Rights Treaty Bodies - Individual Communications. En: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/IndividualCommunications.aspx#theprocedure (consultada el 8 de diciembre del 2013).

de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual comenzará a funcionar cuando diez Estados parte hayan ratificado el Protocolo; y (9) el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, de acuerdo con el artículo 77 de la Convención de Trabajadores Migrantes, el cual comenzará a funcionar tan pronto diez Estados hayan hecho la declaración de acuerdo con esa previsión.

Las líneas comunes de estos procedimientos son las siguientes[39]: (i) cualquier individuo, en su nombre o en representación de otro, puede presentar una queja en contra del Estado que sea parte del tratado pertinente y que haya aceptado expresamente la competencia del comité en cuestión; (ii) ese individuo debe alegar la violación de derechos humanos regulados por el tratado específico; (iii) los hechos alegados deben haber tenido ocurrencia después de la entrada en vigor del tratado respecto del Estado frente al cual se interpone la queja, salvo que se compruebe que los efectos se extienden hasta el periodo de entrada en vigencia; (iv) el individuo debe haber agotado los mecanismos del derecho interno, salvo que ese agotamiento sea excesivamente demorado, ineficaz o no esté disponible para éste; (v) la situación no debe estar siendo examinada por otro organismo internacional; (vi) una vez es admitida la queja, el comité dará traslado al Estado para que se pronuncie; y (vii) de comprobarse una violación de derechos humanos, el comité presentará sus observaciones al Estado y al individuo, y hará seguimiento de su cumplimiento.

Es un hecho que los procedimientos de los órganos creados por los tratados derivados del Sistema de Naciones Unidas reconocen la capacidad de obrar del individuo en materia de DI para proteger sus derechos. Obviamente, los pronunciamientos de los comités no pueden considerarse decisiones judiciales, ni mucho menos decisiones de instancias administrativas propias del derecho interno. El lenguaje de los tratados es claro, los trámites culminan en *invitaciones* y *recomendaciones* para los Estados involucrados. Sin embargo, esto no debe llamar a engaño por dos razones: (i) los comités tienen capacidad de monitorear la implementación de sus invitaciones y recomendaciones; y (ii) el DI público, precisamente, por su baja institucionalización en materia de cumplimiento, cuenta con mecanismos alternos para provocar la observancia de su normatividad y sus decisiones. Es cierto, al no contar con instancias judiciales o administrativas internacionales para exigir el cumplimiento de los pronunciamientos de los comités, el término

39 Ver: Human Rights Treaty Bodies - Individual Communications. En: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/IndividualCommunications.aspx#theprocedure (consultada el 8 de diciembre del 2013).

reputación entra en juego, entendido como el juicio acerca del comportamiento pasado de un actor para predecir su comportamiento futuro[40]. La *reputación* es uno de los alicientes más valorados en el campo internacional, dado que la credibilidad es un factor importante para asumir compromisos de manera menos costosa y facilitar la cooperación con otros Estados. Así, los comités aportan al desarrollo y cumplimiento de los derechos humanos a través de lo que se conoce como *naming and shaming*[41], por medio del desarrollo de ciertos procedimientos que tienen como centro de gravedad al individuo y su capacidad para exigir el respeto por sus derechos (capacidad para obrar).

Los sistemas regionales y la subjetividad internacional activa del individuo

Los sistemas regionales parecen ser los que más han avanzado en el reconocimiento de la subjetividad internacional activa del individuo. Esto se debe a que los consensos son más fáciles de lograr a esa escala y, quizá, porque los Estados confían más en instituciones con cierta identidad común en materia política, económica y cultural para aplicar el derecho que concierne a su región. A este nivel, merecen ser mencionados el sistema interamericano, europeo y africano.

Del análisis de los tres sistemas regionales que sigue a continuación, es posible vislumbrar cierta tendencia al reconocimiento de la subjetividad internacional de los individuos alrededor del fortalecimiento del derecho internacional de los derechos humanos y de los procesos de integración regional. Sin embargo, el caso africano sirve para recordar que la soberanía de los Estados sigue siendo un principio cardinal y que el protagonismo del individuo en el escenario jurídico internacional depende en buena medida de la disposición de éstos para garantizarlo y protegerlo.

40 Andrew T. Guzman, *How International Law Works. A Rational Choice Theory,* Oxford University Press, 2008, pp. 33-48.

41 Hay que reconocer que existen discrepancias acerca de la eficacia que tienen los costos de reputación, no obstante, la mayoría de las críticas provienen de una perspectiva que pretende encontrar en el derecho internacional el mismo grado de institucionalización de la coacción y el cumplimiento que en el derecho interno. Por supuesto, tal visión está condenada a la frustración. Para ampliar: Emilie M. Hafner-Burton, "Sticks and Stones: Naming and Shaming the Human Rights Enforcement Problem", en *International Organization* 62:04, 2008, pp. 689-716.

El sistema interamericano

Este sistema nació con la creación de la Organización de Estados Americanos, por medio de la firma de la Carta de la Organización de los Estados Americanos en 1948. Este instrumento entró en vigor en diciembre de 1951 y ha sido ratificado por los 35 países de la región[42]. Dentro de los órganos previstos por la Carta, se encontraba la Comisión Interamericana, con la función de promover "la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia"[43]. Sin embargo, habría que esperar hasta la firma (1969) y entrada en vigor (1978)[44] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), para que las funciones de la Comisión quedaran establecidas y se ordenara la constitución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con el artículo 44 del Pacto de San José y el reglamento vigente de la Comisión[45], "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte". El órgano sólo podrá conocer de las denuncias respecto de Estados parte de la Convención que hayan reconocido su competencia[46]. En lo atinente a los Estados que no son parte del Pacto de San José y que no han reconocido la competencia de la Comisión, se debe precisar que, a pesar de ello, están obligados a observar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por lo cual la Comisión puede conocer las denuncias presentadas respecto de este instrumento[47].

42 Ver: Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de Estados Americanos. En: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos_firmas.htm (consultada el 6 de julio del 2013).

43 Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 106.

44 Ver: Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de Estados Americanos. En: http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html (consultada el 20 de mayo del 2010).

45 Ver: Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 137° periodo ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre del 2009. En: http://www.cidh.org/Basicos/basicos10.htm (consultada el 20 de mayo del 2010).

46 Para consultar qué países han aceptado la competencia de la Comisión ver: Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". En: http://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos3.htm (consultada el 8 de diciembre del 2013).

47 Ver: Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 137° periodo ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre del 2009, artículo 49.

El procedimiento ante la Comisión permite la participación del Estado, celebración de audiencias, visitas *in loco* y la solución amistosa. En el caso de que se establezca una o más violaciones, la Comisión "preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones"[48].

El caso puede llegar a instancias de la Corte Interamericana, si el Estado ha aceptado su jurisdicción[49] y la Comisión considera que no ha cumplido con las recomendaciones propuestas en su informe. Como se puede observar, que el caso llegue a instancias de la Corte ya no depende de la capacidad de obrar de los individuos, sino de las consideraciones de la Comisión, razón que permite afirmar que la subjetividad internacional activa de los individuos en el sistema interamericano está restringida al procedimiento ante la Comisión. A pesar de lo anterior, es importante anotar que las víctimas de violaciones de derechos humanos tienen capacidad para obrar en el proceso. De acuerdo con el artículo 25 del Reglamento de la Corte[50], "las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso".

Es importante anotar que la reforma del 2009 al reglamento de la Corte implicó un giro sustancial en el papel de la Comisión. La exposición de motivos argumentó que, con el fin de promover el equilibrio procesal y

48 Ver: Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 137° periodo ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre del 2009, artículo 44.

49 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 62:

"1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al secretario general de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial".

50 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre del 2009. En: http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm (consultada el 20 de mayo del 2010).

otorgarle más protagonismo a las víctimas y al Estado demandado en el litigio, la Comisión ya no iniciaría el procedimiento con la presentación de una demanda ante la Corte, sino con la remisión del informe preparado en el procedimiento surtido en su sede. En esta línea, la capacidad procesal de la Comisión se vio visiblemente recortada, en especial porque ya no podrá ofrecer testigos, ni declaraciones de presuntas víctimas; tampoco podrá llevar a cabo interrogatorios a las partes y sólo en ciertas circunstancias podrá sugerir peritos[51]. No sobra preguntarse por los efectos que estas reformas van a tener en el litigio interamericano de los derechos humanos en el largo plazo, en especial, cuando es evidente que la igualdad procesal de las partes no puede ser vista en abstracto, puesto que uno de los extremos de la *litis* es precisamente el Estado que se enfrenta a víctimas bajo su jurisdicción y que, en general, tiene más facilidad en materia de recaudo de pruebas y de inversión de recursos.

Finalmente, hay que anotar que las sentencias de la Corte Interamericana han contribuido de gran manera a definir, no sólo en el ámbito regional, sino en el universal, los contenidos jurídicos de las obligaciones de los Estados. De la misma manera, ha reforzado la idea de que la subjetividad internacional activa de los individuos, si bien es un mecanismo para obtener condenas particulares, también lo es para ejercer un monitoreo del cumplimiento general de los derechos humanos por parte de los Estados.

El sistema europeo

El sistema europeo es de notable interés por cuanto ha expandido el reconocimiento de la subjetividad internacional activa del individuo a esferas que sobrepasan los derechos humanos y lo encuadran directamente como un sujeto esencial en el funcionamiento de la Unión Europea.

La Unión Europea nace en 1993 con la entrada en vigor del Tratado de Maastrich, a través del cual se pretendió superar la integración meramente económica e iniciar el camino hacia la unidad política de Europa. Su historia se remonta a la terminación de la Segunda Guerra Mundial y los esfuerzos por lograr cierta unificación política y económica. Ese objetivo fue perseguido mediante la creación, en 1951, de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), a través del Tratado de París, y en 1957, de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía

51 Ver: Exposición de Motivos de la Reforma Reglamentaria. En: http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm (consultada el 20 de mayo del 2010).

Atómica (Euratom), por medio de los tratados de Roma. Básicamente, lo que hizo el Tratado de Maastrich fue reunir bajo la figura de la Unión a las comunidades europeas (CECA, Euratom y la CEE, que tomará el nombre de Comunidad Europea) y los asuntos políticos, de defensa, policía y justicia.

En el Tratado de París de 1951 se contempló la creación del Tribunal de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, para 1957 su nombre cambió al de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en el 2007 adoptó su nombre actual, Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Su objetivo es la interpretación y aplicación uniforme de la legislación de la Unión Europea por los Estados miembros, el cumplimiento del derecho comunitario y la solución de conflictos jurídicos entre Estados, instituciones, empresas y particulares de la Unión. De los diversos asuntos que se pueden ventilar ante esta instancia se resaltan los recursos de (i) anulación, (ii) omisión y (iii) responsabilidad, ya que pueden ser interpuestos por individuos. Mediante el primero se solicita la nulidad de un acto expedido por una institución, órgano u organismo de la Unión[52]. El segundo tiene como

52 Ver: Tratado de Lisboa, Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 263: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente en las mismas condiciones para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el Tribunal de Cuentas, por el Banco Central Europeo y por el Comité de las Regiones con el fin de salvaguardar prerrogativas de éstos.

Toda persona física o jurídica podrá interponer recursos, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.

Los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos.

Los recursos previstos en el presente artículo deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo".

En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:ES:PDF (consultada el 20 de mayo del 2010).

meta controlar la inactividad de las instituciones de la Unión[53]. El tercero está encaminado a la indemnización de daños contractuales y extracontractuales causados por las instituciones de la Unión o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones[54].

Por su parte, en 1950, el Consejo Europeo adoptó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual entró en vigor en 1953[55]. Este instrumento creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual conoce de demandas interpuestas por particulares o Estados en virtud de violaciones de los derechos humanos reconocidos en el mismo. Las demandas sólo se pueden dirigir en contra de Estados que hayan reconocido la jurisdicción del Tribunal[56].

53 Ver: Tratado de Lisboa, Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 265: "En caso de que, en violación de los tratados, el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión o el Banco Central Europeo se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión podrán recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con objeto de que declare dicha violación. El presente artículo se aplicará, en las mismas condiciones, a los órganos y organismos de la Unión que se abstengan de pronunciarse.

Este recurso solamente será admisible si la institución, órgano u organismo de que se trate hubieren sido requeridos previamente para que actúen. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución, órgano u organismo no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses.

Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal, en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes, por no haberle dirigido una de las instituciones, o uno de los órganos u organismos de la Unión un acto distinto de una recomendación o de un dictamen".

En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:ES:PDF (consultada el 20 de mayo del 2010).

54 Ver: Tratado de Lisboa, Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 268 y 340: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refieren los párrafos segundo y tercero del artículo 340. La responsabilidad contractual de la Unión se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate.

En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros. No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo, el Banco Central Europeo deberá reparar los daños causados por él o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros. La responsabilidad personal de los agentes ante la Unión se regirá por las disposiciones de su Estatuto o el régimen que les sea aplicable".

55 *Cfr.* Alejandro Saiz Arnaiz, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Garantía Internacional de los Derechos.* En: http://www.idpc.es/archivo/1212663375alejandrosaiz.pdf (consultada el 20 de mayo del 2010).

56 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 34 y 56.

El procedimiento es contencioso y los individuos no precisan de representación legal para presentar sus demandas y hacerse parte en el proceso. La jurisprudencia de esta instancia regional se ha convertido, de la misma manera que la de la Corte Interamericana, en un referente universal obligado en materia de derechos humanos.

El sistema africano

Respecto de este sistema se debe advertir que han sido lentos los procesos de implementación y puesta en marcha de los órganos, por cuestiones políticas y de recursos. No obstante, se hace mención de este sistema por cuanto sus previsiones normativas hacen de cierta manera un reconocimiento de la subjetividad internacional activa del individuo.

El proceso de integración regional del continente africano comenzó con la firma y entrada en vigor, en 1963, de la Carta de la Organización de Unidad Africana (OUA)[57]. Dentro de este marco, la Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la OUA adoptó la Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos, en la cual se previó la creación de una comisión y una corte para garantizar su observancia.

La Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos tiene a su cargo la protección y promoción de los derechos humanos en el sistema de la UA[58]. Fue establecida en 1986 e inició labores en 1987[59]. Dentro de su mandato está la posibilidad de recibir comunicaciones de particulares referentes a la violación de derechos establecidos en la Carta. Para la investigación de estos eventos, el procedimiento establecido tiene en cuenta la participación del Estado, la celebración de audiencias y la recepción de información por parte de otros actores, como las ONG, o a través de visitas *in* situ[60]. En el caso de que la Comisión encuentre que se ha cometido una violación,

57 La OUA fue sustituida por la Unión Africana (UA), a través de un proceso que comenzó en 1999 con el pronunciamiento de la Asamblea de la OUA, en el que estableció como prioridad la integración política y económica de África. Posteriormente, el Acto Fundacional tuvo lugar en el 2000 y, finalmente, en el 2002, en la Cumbre de Durbán, dio inicio a sus labores y se convino la primera Asamblea de Jefes de Estado de la UA. Ver: http://www.africa-union.org/root/au/AboutAu/au_in_a_nutshell_en.htm (consultada el 21 de mayo del 2010).

58 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 30.

59 Yuria Saavedra Álvarez, "El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos", en *Prologómenos, Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* 2008, Vol. VIII, p. 683.

60 Muchas de las actuaciones, como las visitas *in situ* y la celebración de audiencias, no están específicamente previstas en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, sin embargo, la Comisión ha implementado una interpretación amplia de su artículo 46 y ha logrado introducirlas dentro del procedimiento, para garantizar un debido proceso. Ver: Yuria

adoptará recomendaciones y medidas para remediar la situación, las cuales son comunicadas a los Estados y al individuo.

La Corte Africana de Derechos Humanos y los Pueblos fue creada por el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, firmado en 1998 y en vigor desde el 2004[61]. De acuerdo con el artículo 5 del Protocolo, pueden presentar casos las ONG con estatus de observadoras ante la Comisión. En lo tocante a los individuos, el Protocolo incorporó un parámetro restringido, en la medida en que los Estados, al momento de la ratificación del mismo, deberán hacer la declaración de que aceptan la competencia de la Corte respecto de casos presentados por éstos[62].

Guerras, conflictos armados y el reconocimiento de la subjetividad internacional pasiva del individuo

La historia del derecho ha estado ligada a la necesidad de establecer responsabilidad por los daños causados a los bienes de un individuo o a su persona. Los ordenamientos jurídicos internos han constituido instancias administrativas y judiciales, procedimientos y regulaciones para responder a las demandas y peticiones de las personas e instituciones en este sentido[63]. En lo que atañe al DI, esta evolución ha sido más lenta y menos clara. Basta recordar que la génesis del derecho clásico internacional tiene que ver con la consolidación de relaciones entre Estados europeos para tratar temas comunes, en especial aquellos concernientes con el principio de soberanía

---

Saavedra Álvarez, "El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos", en *Prologómenos, Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* 2008, Vol. VIII, pp. 692-693.

61 Para consultar cuántos países han ratificado el protocolo ver: List of Countries which have Signed, Ratified/Acceded to the Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Establishment of an African Court on Human and People's Rights. En: http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/Members.pdf (consultada el 8 de diciembre del 2013).

62 Protocol to the African Charter on Human and Peoples` Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, Article 34: *"RATIFICATION*

[…]

6. *At the time of the ratification of this Protocol or any time thereafter, the State shall make a declaration accepting the competence of the Court to receive cases under article 5 (3) of this Protocol. The Court shall not receive any petition under article 5 (3) involving a State Party which has not made such a declaration. […]".*

63 *Cfr.* Harold J. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente,* México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

y la confirmación del derecho al uso de la fuerza[64]. De esta manera, los daños infligidos de un Estado a otro eran manejados a través del recurso de la fuerza y de la reciprocidad. Dentro de este panorama dominado por los Estados, la responsabilidad del individuo por violación de normas internacionales se manejaba a través de las legislaciones domésticas, por medio de acciones judiciales de derecho interno. Casos como la agresión a diplomáticos, masacres[65], piratería y bloqueo de barcos neutrales, que estaban gobernados por la costumbre internacional, fueron manejados como procesos de jurisdicción interna en los que se aplicó el DI[66]. Incluso, con el advenimiento de las primeras codificaciones de DIH, en la segunda mitad del siglo XIX, el establecimiento de la responsabilidad de los individuos quedaba concentrada en los procedimientos del derecho interno, con los problemas consecuentes de impunidad, en especial, cuando los agentes del Estado se encontraban involucrados.

La situación anteriormente descrita comenzó a cambiar con las dos guerras mundiales del siglo XX, principalmente por el nivel de devastación y por la desprotección y atrocidades a la que fue sometida la población civil atrapada en medio del conflicto. Dos tendencias se hicieron notar en el DI como respuesta a lo sucedido: (i) la referente al establecimiento de la responsabilidad penal internacional del individuo y (ii) la consagración de los derechos y mecanismos para proteger a los individuos, en tiempos de paz o de guerra, frente al poder soberano de los Estados[67].

En materia de responsabilidad penal internacional del individuo, uno de los primeros hitos fue la creación, al terminar la Primera Guerra Mundial, por parte de los aliados, de una comisión para estudiar los crímenes de guerra, en la que se concluyó que los países del Eje habían violado las costumbres de guerra y las reglas más básicas de humanidad. Esto condujo a que en el Tratado de Versalles se previeran tribunales militares para juzgar esas conductas, sin embargo, éstos nunca se llevaron a cabo. El fin de la Segunda Guerra Mundial produjo un cuerpo jurídico internacional más efectivo que

64 Ver las secciones "Nociones generales" y "La crisis del DI clásico y el surgimiento de la subjetividad internacional del individuo" de este trabajo.

65 *"Exceptions exist, of course, from older times, such as the prominent trials of British soldiers for the killing in 1770 of five citizens of Boston protesting Britain's quartering of soldiers (and the subsequent acquittal of most of them").* En: Steven R. Ratner, *et al., Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy,* Oxford University Press, 2009, p. 4.

66 Ver: U.S. Supreme Court, Respublica *vs.* De Longchamps, 1 U.S. 111 (1784).
U.S. Supreme Court, The Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900).

67 Steven R. Ratner, *et al., op. cit.,* p. 5.

su antecesor: el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Éste constituyó el inicio del establecimiento efectivo de la responsabilidad penal internacional por violación de las leyes y costumbres de la guerra, y de otros actos relacionados que fueron recogidos bajo el nombre de "crímenes contra de la humanidad"[68].

De la misma manera, la Carta para el Tribunal Militar Internacional de Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) siguió la senda trazada por el Tribunal de Nuremberg, reforzando la necesidad de identificar a los responsables por los crímenes cometidos en el marco de esta confrontación. Estos dos tribunales sentaron las bases que facilitaron la redacción de las Convenciones de Ginebra de 1949, y sus protocolos consiguientes, de la Declaración de Derechos Humanos y de los pactos sucesivos, y pusieron sobre el tapete la necesidad de determinar con precisión los contornos de la responsabilidad penal internacional individual[69]. El resultado de este proceso puede ser ilustrado hoy en día con la existencia de tres cuerpos normativos que persiguen la protección del individuo en el ámbito del DI: (1) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, (2) el DIH y (3) el Derecho Penal Internacional.

Para entender los diferentes campos de atribución de responsabilidad es importante precisar la diferencia entre *responsabilidad individual* y *responsabilidad criminal*[70]. Aquella atañe a uno de los sujetos activos de la responsabilidad derivada de la violación de obligaciones del sistema de derechos humanos[71], mientras ésta es uno de los tipos de responsabilidad[72]. Generalmente, la determinación de la responsabilidad por violaciones de derechos humanos cometidos por individuos está a cargo de la jurisdicción interna de los Estados. Sin embargo, el DI reconoce que ciertas violaciones al DI de los derechos humanos y del DIH atentan de tal manera contra la dignidad humana que se vuelven crímenes internacionales y, en consecuencia, acarrean una *responsabilidad internacional criminal individual* y encuadran en el ámbito del derecho penal internacional. Para entender mejor este concepto basta poner un ejemplo: el homicidio es un delito en la mayoría de los ordenamientos penales internos, es también una violación del derecho humano a la vida, pero si se comete como parte de un ataque generalizado y/o sistemático en contra de la población civil, se convierte en un crimen

68 Steven R. Ratner, *et al., op. cit.,* pp. 46-49.

69 Steven R. Ratner, *et al., op. cit.,* pp. 46-49.

70 Steven R. Ratner, *et al., op. cit.*, pp. 15-16.

71 Los otros sujetos son los grupos y los Estados, lo que da origen a la *responsabilidad de los grupos* y a la *responsabilidad del Estado. Cfr.* Steven R. Ratner, *et al., op. cit*, p. 15.

72 Se reconocen dos grandes tipos de responsabilidad: la civil y la penal o criminal. Steven R. Ratner, *et al., ibídem.*

de lesa humanidad que supone la *responsabilidad criminal internacional* del individuo. Así, la subjetividad pasiva internacional del individuo sólo se configura en casos extremos en que las violaciones al sistema de derechos humanos o de DIH es de tal envergadura que constituye una afrenta a los principios protegidos por la comunidad internacional.

A pesar de lo anterior, es pertinente recordar que el DI está basado en el reconocimiento, con algunas limitaciones, de la soberanía, por esa razón, la determinación de esta responsabilidad individual y criminal es competencia primaria de los Estados. Eso quiere decir que la comunidad internacional, a través del establecimiento de tribunales penales internacionales *ad hoc*[73] o permanentes, o por medio de la jurisdicción universal[74], sólo podrán intervenir cuando ese Estado no inicie las investigaciones o no tenga la capacidad para llevar a cabo los procedimientos (principio de complementariedad)[75].

Hay que resaltar que el avance más importante en este campo se dio con la firma y entrada en vigor, en el 2002, del Estatuto de Roma (1998), por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional (CPI), dado que es el primer tribunal permanente que tiene a su cargo la determinación de la *responsabilidad criminal internacional* de los individuos. Ésta tiene competencia para juzgar: (i) crímenes de genocidio; (ii) crímenes de lesa humanidad; (iii) crímenes de guerra y (iv) crímenes de agresión.

La CPI es una organización independiente que no hace parte del sistema de Naciones Unidas. De acuerdo con el Estatuto, el fiscal puede iniciar la investigación con base en la remisión que haga un Estado parte o el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, o de oficio, con base en la información que le sea facilitada por individuos u organizaciones[76]. Al momento de la

73 Es el caso de los tribunales penales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

74 Como la jurisdicción es el medio adecuado para hacer efectivo el derecho, los Estados utilizan unos criterios para definir en qué situaciones ellos son los encargados de juzgar al delincuente y no otros Estados. Generalmente, los Estados hacen uso de cuatro criterios: (i) territorio donde se comete el ilícito, (ii) nacionalidad del sujeto activo del delito, (iii) nacionalidad de la víctima y (iv) protección de intereses nacionales afectados por la conducta ilícita. Sin embargo, existen algunos eventos donde los Estados establecen jurisdicción sin que ninguno de esos criterios esté presente y, en ese caso, precisamente, estamos hablando de jurisdicción universal.

La historia oficial dice que el principio de universalidad, en el cual se basa la jurisdicción universal, parte de la idea de que existen ciertos delitos que son tan atroces que afectan en su conjunto a la comunidad internacional, razón por cual todos y cada uno de los Estados no sólo tienen la legitimación, sino la responsabilidad de perseguirlos, juzgarlos y sancionarlos. Philip Alston, *et al., International Human Rights. The Successor to International Human Rights in Context,* Oxford University Press, 2013, p. 1123.

75 *Cfr.* Estatuto de Roma, artículo 17.

76 Estatuto de Roma, artículos 13 a 15.

revisión de este texto, 122 países hacen parte de ésta; cuatro Estados parte han remitido situaciones que están ocurriendo en su territorio (Uganda, República Democrática del Congo, Mali y República Centroafricana); el Consejo de Seguridad ha referido el caso de Darfur, Sudán y Libia, estos dos últimos no son parte; y se ha abierto investigación de oficio respecto de Kenia y Costa de Marfil[77].

Como se puede observar, desde el establecimiento de los tribunales de Nuremberg y Tokio, luego de terminada la Segunda Guerra Mundial, la responsabilidad criminal del individuo en el ámbito internacional no está en discusión, sino es un hecho aceptado, que tiene como garantía un tribunal internacional permanente. A pesar de lo anterior, debe tenerse en mente que este tribunal funciona de acuerdo con el principio de complementariedad y sólo podrá ocuparse de hechos de extrema gravedad y de los cabecillas y gobernantes de los grupos al margen de la ley o de los Estados infractores, respectivamente. Esta asunción significa que el grueso de las investigaciones y los juzgamientos seguirán recayendo en las jurisdicciones internas, cuestión que representa un reto de armonización de las legislaciones penales domésticas y de los procedimientos con el DI.

Conclusión

El tránsito jurídico que ha sufrido la persona natural en el DI, de la falta de protagonismo, a los reconocimientos actuales de la subjetividad internacional, tanto activa como pasiva, sólo pueden entenderse a la luz de la crisis del DI clásico y de las transformaciones que ello implicó. Esto supone, a la vez, un entendimiento de los procesos sociales, políticos y económicos que han obligado a los Estados a reinventarse, integrarse y, por qué no, limitarse. Así mismo, el surgimiento del individuo como sujeto internacional ha estado alentado por los movimientos sociales y, cómo olvidarlo, por los excesos que ha supuesto el principio de soberanía. El movimiento de los derechos humanos, con sus aspectos positivos y criticables[78], ha promovido, no sólo

77 Ver: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx (consultada el 6 de julio del 2013).

78 Sólo para explorar la punta del *iceberg* en materia de críticas, ver:

David W. Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", en 15 *Harvard Human Rights Journal* 99, 2001.

Andrew Fagan, "Back to Basics: Human Rights and the Suffering Imperative", en *Essex Human Rights Review*, julio 2008, Vol. 5, No. 1. En: http://projects.essex.ac.uk/ehrr/v5n1/Fagan.pdf (consultada el 24 de mayo del 2010).

un entendimiento del DI y de las relaciones internacionales, sino una propuesta que ha señalado claramente que de nada sirve imponer obligaciones si no existen los mecanismos para propiciar el cumplimiento y legitimación jurídica de los propios interesados para promoverlos. En este sentido, esas son las premisas que han alentado los movimientos que propiciaron el nacimiento jurídico del individuo a la vida jurídica internacional.

Bibliografía

Alejandro Montiel Argüello, "La Corte de Justicia Centroamericana y los Derechos Humanos", en Manuel Diez de Velasco, *Liber amicorum: colección de estudios jurídicos en homenaje al prof. dr. D. José Pérez Montero,* Universidad de Oviedo, 1988, Vol. 1.

Alejandro Saiz Arnaiz, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Garantía Internacional de los Derechos.* En: http://www.idpc.es/archivo/1212663375alejandrosaiz.pdf.

Alfred M. Boll, *Multiple Nationality and International Law,* Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Andrew Fagan, "Back to Basics: Human Rights and the Suffering Imperative", en *Essex Human Rights Review*, julio 2008, Vol. 5, No. 1. En: http://projects.essex.ac.uk/ehrr/V5N1/Fagan.pdf

Andrew T. Guzman, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, 2008.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Carta de Naciones Unidas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva No. 4, febrero 7 de 1923, "Los decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos (Zona Francesa) el 8 de noviembre de 1921", *Nottebohm Case,* Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, ICJ Reports 1955.

David W. Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", 15 *Harvard Human Rights Journal* 99, 2001.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Emilie M. Hafner-Burton, "Sticks and Stones: Naming and Shaming the Human Rights Enforcement Problem", en *International Organization* 62:04, 2008.

Estatuto de Roma.

Fernando M. Mariño Menéndez, *Derecho Internacional Público,* Parte General, Editorial Trotta, 2005.

Harold J. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente,* México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Henry J. Steiner, *et al., International Human Rights in Context. Law, Politics, Moral,* Oxford University Press, 2008.

Human Rights Council Resolution 5/1 and Economic and Social Council resolutions 1983/27 del 26 de mayo de 1983, 1992/19 del 30 de julio de 1992, 1993/11 del 27 de julio de 1993, 2009/16 del 28 de julio del 2009 y la decisión 2002/235 del 24 de julio del 2002.

Luis Malpica de Lamadrid, "Revisión del Régimen Constitucional de los Tratados", en Ricardo Méndez Silva (coordinador), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público,* Madrid, Editorial Tecnos, 2006.

Martha Mejía y Stefan Kaiser, "Responsabilidad internacional: un término, dos conceptos, una confusión", en *Anuario Mejicano de Derecho Internacional,* 2004, Vol. IV.

Mary Ellen O'Connell, *International Law and the Use of Force,* Foundation Press, 2005.

Milena Costas Trascasas, *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del derecho internacional,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Philip Alston, *et al., International Human Rights. The Successor to International Human Rights in Context,* Oxford University Press, 2013.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En: http://www.cidh.org/Basicos/basicos10.htm

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm

Reglamento de La Haya de 1907.

Reinhart Kössler, "The Modern Nation State and Regimes of Violence: Reflections on the Current Situation", en *Ritsumeikan Annual Review of International Studies,* 2003, Vol. 2.

René Fernando Urueña, *Derecho de las Organizaciones Internacionales,* Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.

R.J. Macdonald y Douglas M. Johnston, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory,* La Haya, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1983.

Stéphane Beaulac, "The Westphalian Model in Defining International Law: Challenging the Myth", en *Australian Journal of Legal History*, 2004, Vol. 8.

Stephen Kabera Karanja, *Transparency and Proportionality in the Schengen Information System and Border Control Co-operation,* Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Steven R. Ratner, *et al., Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy,* Oxford University Press, 2009.

Tratado de Lisboa. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:ES:PDF

Yuria Saavedra Álvarez, "El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos", en *Prologómenos, Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* 2008, Vol. VIII.

CAPÍTULO 7

El lugar de los derechos humanos en el derecho internacional

Beatriz Eugenia Sánchez Mojica

Los derechos humanos han transformado de forma profunda e irreversible el derecho internacional. La soberanía estatal, piedra angular de este ordenamiento, ha sido erosionada por el principio de protección de la dignidad de todo ser humano. Ello hasta el punto en el que la prohibición de injerencia en los asuntos domésticos ya no constituye un argumento válido para evitar la vigilancia de la comunidad internacional sobre el cumplimiento de los deberes estatales de respeto y garantía a estos derechos.

Esta reconceptualización de la soberanía constituye una modificación importante, pero dista de ser la única. Los derechos humanos más básicos se han infiltrado en la lógica misma del derecho internacional, situándose como parte de ese reducido conjunto de normas imperativas —conocidas como *ius cogens*— que conforman el núcleo duro de los deberes que deben observar todos los miembros de la comunidad internacional. En consecuencia, éste ya no puede ser concebido simplemente como un sistema de reglas orientadas a la pacífica coexistencia de los Estados, pues la protección del ser humano se ha erigido como otra de sus funciones básicas.

Puede afirmarse, entonces, que los derechos humanos ocupan un lugar central en este ordenamiento jurídico. Sin embargo, no deja de llamar poderosamente la atención el hecho que éstos sólo hicieron su aparición en el ámbito internacional al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y lo hicieron de forma discreta, apenas mencionados por la Carta de las Naciones Unidas. Cabe entonces preguntarse cómo ha sido posible que de tan secundario lugar pasaran a ser protagonistas. El presente capítulo busca responder esta pregunta, ilustrando el proceso a través del cual estos derechos pasaron de ser un ideal cultural, a un imperativo jurídico internacional.

Este texto empieza por abordar el nacimiento de la idea de la existencia de una naturaleza humana única, que hermana a todas las personas pese a sus diferencias, y que constituye el fundamento último de los derechos humanos. Esta idea surgió en un lugar y en un momento histórico determinados; contexto que es analizado en la sección "Surgimiento y consolidación de los derechos humanos".

En la sección "La internacionalización de los derechos humanos" se reflexiona sobre el proceso que permitió que unos derechos, reconocidos en algunos sistemas domésticos, fueran integrados al ordenamiento internacional. Este proceso ha dado dos frutos.

El primero ha sido el surgimiento y consolidación de una rama de derecho internacional dedicada al reconocimiento, promoción y protección de los derechos humanos. En la sección "La regulación de los derechos humanos como una rama del derecho internacional" se analizan sus especiales características, así como sus sujetos y sistema de fuentes.

El segundo resultado ha sido la incorporación de los derechos reconocidos internacionalmente en el *ius cogens*, tema tratado en la sección "Los derechos humanos y el *ius cogens*". Para finalizar, se realiza una reflexión en torno a la responsabilidad de proteger, figura que desde el 2005 permite al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas autorizar el uso de la fuerza armada contra Estados en los que se presentan graves y masivas violaciones a los derechos humanos más básicos.

Surgimiento y consolidación de los derechos humanos

La historia de los derechos humanos no es un relato particularmente extenso. Su inicio debe situarse en Europa —concretamente en Europa Occidental— en la segunda mitad del siglo XVIII[1], donde se forjó una particular forma de entender al hombre y a la mujer, así como de su papel en el mundo. Esta concepción se fundó en el reconocimiento de la dignidad intrínseca e igual de toda persona, independientemente de cualquier característica adicional a su mera condición de humano, tal como el género,

1 Lynn Hunt, *Inventing Human Rights. A History,* Nueva York, W.W. Norton & Company, 2007, p. 18. Es preciso señalar que otros autores señalan el surgimiento de este concepto un poco antes, en los siglos XVI y XVII. Ver al respecto Joaquín Rodríguez-Toubes, *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 21.

la pertenencia étnica, las convicciones religiosas o políticas, el grado de educación o el nivel socioeconómico. Los derechos humanos se concibieron como herramientas necesarias para garantizar el respeto a tal dignidad.

Si bien es posible hallar antecedentes de la formulación de estos derechos en la filosofía de las antiguas Grecia y Roma, así como en pensadores medievales[2], no es factible plantear su existencia de forma previa a las profundas transformaciones que se sucedieron a partir del siglo XVII en el continente europeo y que permitieron concebir al hombre (y más tarde a la mujer) como un ser dotado de razón y autonomía. Esta nueva visión del ser humano, que rompió con el paradigma manejado a lo largo de todo el medioevo, fue construida a partir de multitud de elementos procedentes de campos tan diversos como la filosofía, las luchas políticas, el derecho, la vida cotidianidad y —por extraño que parezca— el ámbito de los sentimientos.

El aporte de la filosofía a este proyecto fue esencial. En el siglo XVII se planteó la idea de la existencia de unos derechos naturales, que debían ser respetados por los soberanos, independientemente de la religión que profesasen los habitantes de sus dominios[3]. Esta idea fue desarrollada y matizada por pensadores posteriores como Locke[4], Rousseau[5] o Condorcet[6], para acuñar el concepto de derechos ligados a la condición humana, previos a la existencia misma del Estado, y por tanto inviolables por el gobernante. En el ámbito de lo político, y muy ligado al desarrollo del pensamiento filosófico, el surgimiento del Estado moderno implicó —por primera vez en la historia— el establecimiento de una serie de límites al poder del monarca en relación a sus súbditos[7]. Esta barrera al poder absoluto permitió el desarrollo de reivindicaciones de derechos individuales que, a su vez, fueron el

2 La idea de que todo ser humano es valioso, por el sólo hecho de haber nacido, puede encontrarse en la filosofía estoica y en el cristianismo.

3 Este concepto de derechos naturales fue desarrollado, en particular, por Hugo Grocio.

4 El reconocimiento de "derechos naturales" de los que son titulares los hombres por el hecho de serlo (en especial, la propiedad) se encuentra en las obras de John Locke *Cartas sobre la tolerancia* —de 1689,1690 y 1693— y *Tratados sobre el gobierno civil,* de 1690.

5 Probablemente sea en su obra *El contrato social*, de 1762, donde por primera vez se emplea la expresión "derechos del hombre" para hacer referencia a los derechos inherentes a la condición humana.

6 En su ensayo "Influencia de la revolución americana sobre Europa", de 1786, Condorcet señala el reconocimiento de los derechos del hombre como una de las grandes contribuciones de la Declaración de Independencia Americana para la humanidad.

7 Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 64.

alimento de las revoluciones burguesas que tuvieron lugar en Inglaterra[8], Norte América[9] y Francia[10].

El ideario de estas luchas fue plasmado en textos jurídicos, lo que nos lleva al tercer ámbito que experimentó importantes cambios. Los primeros documentos, fruto de las revoluciones inglesas, aún no reflejan el concepto de derechos humanos. Se limitan a plasmar derechos atribuibles tan sólo a los varones, ingleses y libres[11]. El reconocimiento de derechos a todos los hombres, por el simple hecho de haber nacido como tales, sólo aparece en la Declaración de Virginia (1776) y, un poco más tarde, en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789). En estas declaraciones el reconocimiento de la igualdad y la liberad de los seres humanos constituye una verdad evidente, ya que su reconocimiento es el resultado apenas lógico y previsible del correcto uso de la razón.

Las anteriores transformaciones resultaron esenciales para el surgimiento y consolidación del concepto de derechos humanos, mas no es posible entender su rápida asimilación por parte de la sociedad de la época, sin abordar los cambios culturales que al mismo tiempo se estaban gestando. En efecto, el siglo XVIII marca el surgimiento del individualismo. Esto es, de la concepción del hombre como ser valioso en sí mismo, más allá de su pertenencia a un determinado linaje o estamento. Esta nueva mirada sobre la persona se manifestó en aspectos aparentemente triviales de la vida cotidiana, pero extremadamente significativos. Así, por ejemplo, es en este siglo en el que aparecen los primeros restaurantes dotados de mesas individuales. Toda una novedad frente a las tradicionales tabernas en las que se compartía el pan y la mesa con desconocidos. Así mismo, es en este momento en que la idea de compartir la cama con cualquier viajero empieza a resultar incómoda, lo que llevó a la transformación de las posadas para dar paso a los hoteles tal y como los conocemos[12].

Estos cambios en los hábitos cotidianos apuntan también hacia una nueva concepción del cuerpo. Éste, hasta el momento expuesto de forma continua a las miradas de propios y extraños, incluso durante el tránsito de la muerte, empieza a ser ocultado a las miradas indiscretas. No se trata sólo del nacimiento de una nueva concepción del pudor. Este cambio de

8 Revolución de 1640 y Revolución Gloriosa de 1688.

9 La llamada "Revolución Americana" hace referencia a la guerra de independencia, entre las trece colonias originales y el Reino de Gran Bretaña, que se desarrolló entre 1775 y 1783.

10 La Revolución Francesa se inició con la proclamación del Tercer Estado como Asamblea Nacional, en 1789, y finalizó con el golpe de Estado de Napoleón Bonaparte, en 1799.

11 Petition of Rights (1628), Habeas Corpus Act (1679) y Bill of Rigths (1689).

12 Lynn Hunt, *op. cit.*, p. 29.

hábitos apunta hacia una mirada sobre el propio cuerpo, inexistente hasta el momento, como espacio vedado a las injerencias tanto del monarca como de los conciudadanos. Esta idea permitirá, un poco más adelante, concebir la proscripción de la tortura, que será abiertamente propuesta por Cesare Beccaria en su obra *De los delitos y de las penas,* publicada por primera vez en 1764.

Finalmente se debe señalar un factor que tradicionalmente se ha dejado de lado en el estudio del surgimiento y consolidación de los derechos humanos. Se trata del papel que los sentimientos jugaron —y continúan jugando— en el proceso de reconocimiento de estos derechos. En efecto, la igualdad entre los hombres, como seres racionales y autónomos, fue formulada por los filósofos y desarrollada en los campos político y jurídico. Sin embargo, no habría pasado a ser más que una hermosa idea de no haber sido apropiada por la sociedad; apropiación en la que el elemento emotivo desempeñó un papel determinante.

Tal y como ha señalado Richard Rorty, el reconocimiento del otro como igual —cuando éste es ajeno a la familia, a la tribu o a la cultura— no es un proceso que pueda llevarse a cabo únicamente a través de argumentos racionales. Pese a su sofisticación, la lógica kantiana no convence a los intolerantes. Se requiere una verdadera educación sentimental para generar la empatía que permite el reconocimiento en el otro, más allá de las diferencias de clase, educación, costumbres, género y etnia[13]. En la segunda mitad del siglo XVIII fueron las novelas románticas, en concreto las epistolares, el vehículo de tal educación sentimental.

Estas novelas, como *Julie* (1761) de Jean Jacques Rousseau, o *Pamela* (1740) y *Clarissa* (1747-1748) de Samuel Richardson, contaban con protagonistas femeninas, quienes se veían impedidas para tomar las riendas de su destino para buscar su propia felicidad. Ello no debido a su propia incapacidad o por falta de juicio, sino por la imposición de una sociedad patriarcal que las hacia eternamente dependientes de sus padres o esposos. La lectura de estas historias, que llevaban a cabo de forma masiva y entusiasta tanto los señores como los criados, generó sentimientos de empatía frente a las sufridas heroínas y de rebeldía ante su imposibilidad para ser autónomas. Estos sentimientos no terminaron con el último capítulo de cada obra, ni

13 Richard Rorty, "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo", en Steven Shute y Susan Hurley (eds.), *De los derechos humanos: Las conferencias de Oxford Amnesty,* Madrid, Trotta, 1998, p. 112-134. Rorty también señala que es preciso un mínimo nivel de seguridad, entendida ésta como la existencia de "condiciones de vida suficientemente libres de riesgo", para que sea posible efectuar tal reconocimiento.

se mantuvieron como emociones individuales. Al contrario, perduraron y se socializaron para crear conciencia social de injusticia sobre aquello que ya no resultaba tolerable y que exigía un cambio. Este sentimiento de indignación permitió acoger la idea de los derechos humanos como herramienta para garantizar la autonomía a toda persona[14].

Todos estos factores, que se presentaron en un lugar, un momento histórico y una cultura determinada, dieron como fruto la idea del hombre como ser dotado de autonomía, y por tanto titular de una serie de derechos y libertades. Entendidos éstos como instrumentos indispensables para perseguir su destino, libre de las ataduras impuestas por la religión, la clase y la estirpe. Ahora bien, la creciente aceptación de los derechos humanos en la sociedad, y su consagración en textos jurídicos, no significó que automáticamente éstos fueran reconocidos por todas las personas. En un primer momentos las mujeres, los niños, los esclavos, los extranjeros e incluso los sirvientes y los miembros de las minorías religiosas fueron excluidos de este proceso de la titularidad de los "derechos del hombre"[15]. Fue necesario el paso del tiempo —así como ríos de tinta y sangre— para que finalmente se reconocieran respecto a todo ser humano, independientemente de su género, etnia o condición social[16]. Así mismo, al tiempo que se ha ampliado el tipo de sujetos titulares, la lista de derechos y libertades que se ha incluido en esta categoría ha aumentado considerablemente.

Los derechos humanos fruto de este proceso fueron entendidos como naturales, en la medida en que son inherentes a todos los seres humanos, iguales y universales, esto es, aplicables a todo ser humano. Tras su proclamación fueron, poco a poco, introducidos en los ordenamientos internos de los Estados de Europa y América, para extenderse más tarde, en la segunda mitad del siglo xx y tras el proceso de descolonización, a los nuevos Estados de Asia y África. En algunos casos fueron incluidos en las constituciones nacionales, como la mexicana de 1917 o la alemana de 1919. En otros casos, como el de Colombia, bajo la vigencia de la Carta de 1886, se dejó al legislador la tarea de reconocerlos.

14 Lynn Hunt, *op. cit.,* pp. 35-69. Es conveniente señalar que el hecho de que las protagonistas de estos relatos fueran mujeres contribuyó, de manera importante, a construir este sentimiento de indignación. A diferencia de los niños —que podían crecer y emanciparse de sus padres—, así como de los sirvientes y los esclavos —que podían alcanzar algún día la libertad—, las mujeres estaban condenadas por su género a la dependencia eterna.

15 Lynn Hunt, *op. cit.,* p. 18.

16 A pesar de la tendencia mayoritaria, se levantaron voces para exigir el reconocimiento de derechos a las mujeres. Entre ellas destacamos la de Mary Wollstonecraft, quien en 1792 publicó su obra *Reivindicación de los derechos de la mujer*.

La internacionalización de los derechos humanos

La positivización de los derechos humanos, esto es, su consagración en textos legales, fue un proceso que se llevó a cabo exclusivamente en los ordenamientos domésticos estatales a lo largo de los siglos XVIII, XIX y principios del XX. Así mismo, fue en este ámbito donde se llevaron a cabo las luchas para lograr la ampliación de los sujetos titulares y por la inclusión de los derechos sociales, económicos y culturales dentro de esta categoría. Por el contrario, el derecho internacional permaneció ajeno a este fenómeno. Ello por cuanto las personas, en general, y su protección en particular, fueron considerados un asunto extraño a este ordenamiento, diseñado originalmente para la gestión de las relaciones entre los Estados, únicos sujetos del derecho internacional clásico.

Este desinterés por la suerte de las personas se mantuvo hasta el fin de la Primera Guerra Mundial y la creación de la Sociedad de las Naciones. El horror de esta conflagración y el deseo de evitar que se repitiera llevaron a la comunidad internacional a reflexionar sobre la necesidad de introducir modificaciones al ordenamiento internacional, que facilitaran el mantenimiento de la paz y la estabilidad entre las naciones. De esta manera, la protección de ciertos grupos humanos y la regulación de aspectos puntuales de protección a los derechos a la libertad personal y al trabajo fueron asumidas por este derecho.

Los habitantes de las antiguas colonias de Alemania, así como las posesiones del ya extinto imperio otomano en Siria, Palestina y Mesopotamia, sometidos a un régimen de mandatos tras la derrota de estas potencias en la Primera Guerra Mundial, los cientos de miles de refugiados producto de esta guerra —así como de la Revolución Bolchevique y de la Guerra Civil Española— y las minorías nacionales producto del nuevo mapa de Europa a partir del Tratado de Versalles, constituyeron los grupos humanos sobre los cuales la Sociedad de las Naciones dictó medidas protectoras y promovió la creación de tratados con el mismo fin. Así mismo, la prohibición de la esclavitud[17], la trata de mujeres y niños[18], y la protección de los trabajadores

17 Convención sobre la esclavitud, firmada en Ginebra (Suiza) el 25 de septiembre de 1926.

18 Convención internacional para la eliminación de la trata de mujeres y niños, firmada en Ginebra (Suiza) el 30 de septiembre de 1921. Es conveniente señalar que ya en 1904 se firmó un tratado para la supresión de esta práctica, pero únicamente cuando su objeto fueran las llamadas "esclavas blancas".

—confiada a la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[19]— fueron temas asumidos por la comunidad internacional[20].

No obstante lo anterior, no es posible hablar aún de un verdadero proceso de internacionalización de los derechos humanos, ya que la Sociedad de las Naciones no estaba interesada en apropiarse del tema, ni motivada por el deseo de imponer a los Estados su reconocimiento y respeto. Tan sólo pretendía regular ciertos asuntos que, por su potencial desestabilizador —como en el caso de los flujos de migrantes forzados—, o por tratarse de actividades cuyo desarrollo trascendía las fronteras nacionales —como en el caso de la trata—, revestían un particular interés para la comunidad internacional. Basta con recordar que las poblaciones bajo el régimen colonial de las potencias triunfantes de la Primera Guerra Mundial no fueron objeto de ninguna medida protectora, pese a que su situación era muy similar a las sometidas al régimen de mandatos, para confirmar esta percepción. La verdadera internacionalización de estos derechos debió esperar al fin de la Segunda Guerra Mundial y a la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para empezar a desarrollarse. Se trató de un proceso que, como se verá a continuación, ha tenido lugar de forma paulatina y que aún no ha concluido.

La ONU fue creada para enmendar los errores de la malograda Sociedad de las Naciones y sentar las bases de un nuevo orden mundial basado en la coexistencia pacífica y la cooperación entre los Estados[21]. Su instrumento constitutivo, la Carta de San Francisco, firmada por cincuenta países el 26 de junio de 1945, vincula esta misión con la promoción de los derechos humanos, si bien de forma algo tímida. En su preámbulo reconoce la fe de los pueblos firmantes en los derechos del hombre, así como la igualdad entre los hombres y mujeres. Más adelante, señala que será una de las funciones de la organización internacional promover el respeto a estos derechos, con estricta observancia del principio de no discriminación[22], y encarga al Consejo Económico y Social la tarea de proponer a los Estados miembros recomendaciones con tal fin[23].

El limitado compromiso de la organización con los derechos humanos se explica por el momento histórico en el que fue realizado. La soberanía

19 Esta organización internacional fue creada por el Tratado de Versalles en 1919.
20 Carlos Villán Durán, *op. cit.*, p. 69.
21 Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas.
22 Artículos 1.3 y 55.c de la Carta de las Naciones Unidas.
23 Artículo 62.2 de la Carta de las Naciones Unidas.

estatal, principio fundante del derecho internacional, exige respeto a la prohibición de injerencia en los asuntos domésticos de cada Estado; proscripción recogida por la Carta en su artículo segundo. En 1945, el reconocimiento y garantía de derechos a los habitantes de un territorio era considerado un tema de exclusiva competencia de cada Estado, de manera que las competencias de la ONU debían reducirse a la promoción.

Esta visión de los derechos humanos como un asunto doméstico, se ha visto transformada de forma profunda gracias a la *vis expansiva* de los derechos humanos. Es decir, a su capacidad para permear intensamente las estructuras del derecho internacional, hasta el punto de erosionar —que no reemplazar— el principio de soberanía. En consecuencia, hoy es comúnmente aceptado que su garantía es un asunto interno que no compete a la comunidad internacional[24]. Ahora bien, esta transformación no fue inmediata; se desarrolló a través de un proceso que aún no ha terminado.

El primer paso hacia este cambio en la concepción de la soberanía fue la proclamación de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, por medio de la Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de la ONU. Se trata del primer instrumento internacional que dio un contenido concreto al concepto de derechos humanos, al establecer un listado compuesto por veintiocho derechos. Entre éstos se encuentran tanto los clásicos civiles y políticos, presentes en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como derechos económicos sociales y culturales, cuyo reconocimiento a nivel de derecho doméstico fue fruto de las luchas obreras que tuvieron lugar durante el siglo XIX. Si bien son los Estados los responsables primarios de garantizar estos derechos, la comunidad internacional tiene también un papel en esta tarea, en la medida en la que debe establecer un orden internacional en el que los derechos y libertades reconocidos por la Declaración se hagan efectivos[25].

Este instrumento internacional, que no establece ningún tipo de mecanismo para vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales e internacionales, marcó un hito. No sólo precisó los derechos a los que hace referencia la Carta de San Francisco, sino que lo hizo hasta el punto en

24 José Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo,* Madrid, Tecnos, 2001, p. 21. Así mismo, Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo,* Madrid, Civitas, 1987, p. 20.

25 Artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

el que hoy en día es considerada su interpretación la autorizada en esta materia[26]. También señaló el inicio del resquebrajamiento de la concepción del Estado como único responsable del bienestar y del respeto a la dignidad de los seres humanos que habitan en su territorio, abriendo la puerta para que la comunidad y el derecho internacionales entraran a ocuparse de este tema. No obstante, es preciso señalar que no todos los Estados aceptaron de buena gana esta nueva premisa. Los países de Europa oriental, si bien no objetaron el proyecto mismo de los derechos humanos, insistieron en preservar la impermeabilidad de su soberanía frente al control internacional. En consecuencia se abstuvieron en la votación que tuvo lugar en la Asamblea General. Por otro lado, países de tradición musulmana, como Arabia Saudita y Pakistán, expresaron sus reservas frente a la noción de dignidad propia en estos derechos por resultar ajena, e incluso contradictoria, con su cultura[27].

Esta discusión no se zanjó con la aprobación de la Declaración, por 48 votos a favor y diez abstenciones. Al contrario, estas dos objeciones han permanecido vigentes a lo largo del tiempo, pese al desarrollo y consolidación de una rama del derecho internacional dedicada al reconocimiento y garantía de los derechos humanos. La primera, relacionada con los límites de la soberanía, condicionó el desarrollo de esta disciplina a lo largo de todo el periodo de la Guerra Fría. Por su parte, la segunda, vinculada con la concepción de los derechos humanos a un proyecto con hondas raíces en la cultura Occidental y cuya imposición a otros países entraña un acto de imperialismo o neocolonialismo, continúa siendo objeto de un profundo e intenso debate[28].

26 Jaime Oráa, "La Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Felipe Gómez Isa (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI,* Bilbao, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 151.

27 Antonio Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 41 y ss.

28 Este tema ha sido tratado por numerosos autores. Para una primera aproximación al mismo se recomienda el texto de Boaventura de Sousa Santos "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1995. También el trabajo de Balakrishnan Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá, Antropos, 2005.

La regulación de los derechos humanos como una rama del derecho internacional

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* fue la primera de un sinnúmero de normas internacionales que actualmente se ocupan de reconocer derechos y establecer mecanismos para su garantía, tanto a nivel universal como regional. Este conjunto de disposiciones, unidas a las instituciones que se han creado para la gestión de la cooperación intergubernamental en la materia, conforman el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

El DIDH tiene por objeto, como es de esperarse, la promoción y protección de los derechos humanos. Entendidos éstos como universales, inalienables, irrenunciables, indivisibles, interrelacionados e interdependientes[29]. Es importante señalar que, en un primer momento, la comunidad internacional sólo asumió el primero de estos objetivos, pues el concepto vigente del principio de no injerencia en los asuntos domésticos de cada Estado reducía la acción del derecho internacional a una simple labor de asesoría. Sin embargo, con el paso del tiempo, por efecto de la *vis expansiva*¸ la garantía de estos derechos se ha convertido en "una preocupación legítima de toda la comunidad internacional"[30]. Es por ello que ha sido posible el desarrollo de mecanismos de protección, destinados al control de las obligaciones estatales al interior de los territorios, sin que ello sea considerado una vulneración de la soberanía.

Esta rama del ordenamiento internacional se caracteriza por su alto grado de descentralización y dispersión, pues son múltiples los centros de producción de normas, y se encuentran tanto en el ámbito universal, como en los ámbitos regionales. Adicionalmente, el número de normas que lo conforman es considerable, y comprende tanto disposiciones de *hard law* como de *soft law*. A pesar de ello, es interesante comprobar que los distintos centros de producción normativa y de resolución de conflictos están en permanente contacto; de manera que existe un flujo constante de las disposiciones y decisiones adoptadas en los distintos ámbitos. Así, por

29 Estos rasgos de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional han sido definidos en los documentos finales de las dos conferencias mundiales que la ONU ha organizado hasta el momento. Se trata del *Acta final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos,* adoptada el 13 de mayo de 1968 en Teherán, y la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados el 25 de junio de 1993.

30 Así lo expresaron los Estados miembros de Naciones Unidas en la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, del 25 de junio de 1993; fruto de la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

ejemplo, los *Principios rectores para el desplazamiento interno*[31], norma de *soft law* producida en el ámbito de Naciones Unidas, ha sido tomada como base para los modelos de atención a la población internamente desplazada en África[32], América[33] y Europa[34].

Una segunda característica de este ordenamiento es su carácter dinámico, ya que se transforma constantemente para dar respuesta a las necesidades de protección del ser humano. Ello ha implicado la ampliación del tipo y número de derechos reconocidos. Así, tras al listado presentando por la Declaración Universal, se han incorporado derechos destinados a grupos particularmente vulnerables de la población —como los reconocidos a los niños[35] y a los discapacitados[36]—, orientados a la superación de situaciones de desigualdad que atentan contra la dignidad humana —como los reconocidos a la mujer[37]—, de carácter colectivo —como los reconocidos a los pueblos indígenas[38]— y destinados a proteger bienes indispensables

31 Documento ONU E/CN.4/1998/53/Add.2 del 11 de febrero de 1998.

32 La *Convención para la protección y la asistencia de los desplazados en África*, adoptada el 22 de octubre en Kampala (Uganda), bajo los auspicios de Unión Africana, está inspirada en los *Principios Rectores*.

33 La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), por medio de una serie de resoluciones (AG/RES. 1892 (XXXII-O/02), AG/RES. 2140 (XXXV-O/05), AG/RES. 2229 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2417 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2508 (XXXIX-O/09) y AG/RES. 2578 (XL-O/10), ha recomendado a sus Estados miembros tener en cuenta los *Principios Rectores* al momento de diseñar y aplicar sus respectivas políticas para la atención de la población desplazada.

34 La Asamblea Parlamentaria de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) aprobó la *Declaración de Rotterdam* del 2003, por medio de la cual se insta a los ministros de los países que la integran para que consideren la posibilidad de adoptar los *Principios Rectores* como legislación interna.

35 Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Así mismo, la Asamblea General de la OEA aprobó, el 6 de septiembre de 1994, el texto de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. También conocida como la Convención de Belém do Pará.

36 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 61/106 del 24 de enero del 2007. Así mismo, en el sistema interamericano, la Asamblea General de la OEA aprobó, el 6 de julio de 1999, el texto de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra personas con discapacidad.

37 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979.

38 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 61/295 del 13 de septiembre del 2007.

para la vida digna del ser humano, como el derecho al medio ambiente[39]. Este carácter dinámico también ha implicado el aumento de los sujetos productores de normas y vinculados por las mismas.

Finalmente, su tercera característica puede ser descrita como su condición de derecho de mínimos, pues reconoce y garantiza un conjunto básico de derechos, susceptible de ampliación al interior de los Estados[40]. Adicionalmente, este ordenamiento presenta ciertas particularidades en cuanto a sus sujetos y a su sistema de fuentes, las cuales son desarrolladas a continuación.

Los sujetos del DIDH

En el derecho internacional general se reconocen múltiples sujetos, cada uno de los cuales posee una capacidad jurídica distinta, la cual está sometida a una constante transformación impuesta por las necesidades y circunstancias de la comunidad internacional[41]. El mismo principio se aplica para el DIDH, si bien en su caso se hace más visible que en otras ramas de este ordenamiento la ampliación del número de sujetos y sus atribuciones, en razón de su carácter dinámico.

Los Estados

El Estado, sujeto primario del derecho internacional, tiene un papel particularmente relevante en el DIDH, pues es el principal responsable del bienestar de quienes habitan en su territorio. Más allá de los compromisos que puede adquirir con este fin a nivel interno, el Estado asume obligaciones internacionales bien a través de la firma de tratados, bien por medio de su participación en determinadas organizaciones internacionales intergubernamentales y supranacionales, que incluyen la protección de los derechos humanos como objetivos o como principios fundantes[42]. Es decir, actúa

39 Declaración de Rio de Janeiro sobre medio ambiente, adoptada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que tuvo lugar en junio de 1992.

40 Carlos Villán Durán, *op. cit.,* p. 113.

41 ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949, Recueil 1949, pp. 4 y ss.

42 Es el caso de organizaciones como la propia Naciones Unidas, el Consejo de Europa (artículo 1.b y 3 de su Estatuto, aprobado el 5 de mayo en Londres), la Organización de Estados Americanos (artículo 3.l de la Carta de la OEA, suscrita en Bogotá en 1948) y la Unión Europea (artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich en 1992, tras su modificación por el Tratado de Lisboa, en el 2009).

como creador y como principal destinatario de buena parte de las normas de derechos humanos.

Los deberes que asume en este plano son de dos tipos. Por un lado adquiere obligaciones de respeto, mediante las cuales se compromete a no vulnerar por acción u omisión los derechos que ha reconocido. Más complejo es el cumplimento del segundo tipo: las obligaciones de garantía. Implican el deber de adoptar todas las medidas internas necesarias para asegurar el real disfrute de estos derechos; lo que a su vez supone organizar toda la estructura del poder público con el fin de prevenir, investigar y sancionar toda vulneración de estas garantías. Esta doble clasificación ha sido acuñada e intensamente empleada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien puede ser aplicada a todos los compromiso estatales del DIDH[43].

Las organizaciones internacionales

Las organizaciones internacionales cumplen también un papel importante en el DIDH. Estos sujetos derivados constituyen, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, unos muy eficaces mecanismos institucionalizados de cooperación permanente[44]. En el área de los derechos humanos, esta cooperación institucionalizada ha sido determinante para el desarrollo del proceso de internacionalización. Si bien son numerosas las organizaciones internacionales cuyos tratados constitutivos les otorgan competencias en esta materia, cuatro destacan con particular fuerza: la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Unión Africana[45].

Estas cuatro organizaciones intergubernamentales han desarrollado complejos sistemas de protección de los derechos humanos, los cuales, pese a sus diferencias, comparten una serie de rasgos centrales. Todas han actuado como foros para la discusión y decisión de los textos de los principales tratados en la materia, hasta el punto que no se tiene constancia de la existencia de una norma convencional vigente sobre este tema que no haya sido creada al amparo de alguna de estas organizaciones. Además han producido una

43 Corte IDH, Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, fondo, 29 de julio de 1988, párrafos 164-166.

44 Carlos Villán Durán, *op. cit.,* p. 115.

45 La Unión Africana fue creada a través de la Declaración de Sirte, firmada en la ciudad del mismo nombre, en Libia, el 9 de septiembre de 1999. Su tratado constitutivo fue firmado en Lomé, Togo, un año después. Esta organización es la sucesora de la fallida Organización para la Unión Africana, creada en 1963.

gran cantidad de normas no vinculantes —resoluciones, recomendaciones y dictámenes— con el fin de concretar las obligaciones establecidas en los tratados, llenar vacíos o proponer pautas de comportamiento ante nuevas situaciones en las que el bienestar del ser humano peligra. Por otro lado, las cuatro han creado una estructura institucional responsable de las funciones de promoción y protección; si bien el grado de complejidad y sofisticación varía considerablemente de un caso a otro.

Así, Naciones Unidas cuenta con un Consejo de Derechos Humanos —órgano subsidiario de la Asamblea General, dotado con los dos tipos de competencias—, con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos —como agencia básicamente de promoción—, con un conjunto de comités responsables del seguimiento de cada uno de los tratados universales y con un grupo de procedimientos especiales geográficos y por materia (relatores, representantes especiales, expertos independientes y grupos de trabajo)[46], encargados de hacer seguimiento a determinados Estados o de estudiar ciertos temas[47]. En contraste, el Consejo de Europa sólo cuenta con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien su Consejo de Ministros tiene algunas funciones para asegurar el cumplimiento de sus sentencias[48]. La Unión Africana y la Organización de Estados Americanos se sitúan en un nivel intermedio de complejidad, cada una con una Comisión y un Tribunal. Si bien en el caso africano la corte es sólo un mandato normativo, pues aún no ha sido constituida[49].

Por último, las cuatro han desarrollado mecanismos individualizados de control sobre los Estados, para sancionar el incumplimiento de sus compromisos frente a los derechos humanos. Se trata de procedimientos tanto contenciosos como cuasi contenciosos, que en ocasiones están expresamente establecidos en los tratados, mientras que en otros han sido producto de una norma de la propia organización. Entre los primeros se encuentran los procedimientos judiciales ante los sistemas europeo y americano

46 Actualmente hay 33 mandatos temáticos y ocho geográficos. Pueden consultarse en: http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm

47 Para tener una visión completa y actualizada del sistema universal de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas ver el trabajo de Julie Mertus *The United Nations and Human Rights: a Guide for a New Era,* Londres, Nueva York, Routledge, 2009.

48 El funcionamiento del sistema europeo, así como del interamericano, han sido expuestos con claridad y sencillez por Andrée Viana en su trabajo "Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias", en Miguel Revenga y Andrée Viana (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

49 El sistema africano ha sido analizado por Cristof Heyns en "La Carta Africana de Derecho Humanos y de los Pueblos", en Felipe Gómez Isa, *op. cit.*

—establecidos respectivamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos[50] y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos[51]—, así como el procedimiento de quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, establecido en el primer protocolo adicional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Entre los segundos se encuentran las quejas al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por situaciones de grave y masiva violación de derechos humanos, establecidas a través de las resoluciones 1235 de 1967 y 1503 de 1970 del Consejo Económico y Social (Ecosoc). Es importante señalar que, a excepción de estos dos últimos, todos los procedimientos están sometidos al principio de subsidiariedad. Es decir, sólo es posible acceder a ellos tras haber agotado los recursos internos.

Las organizaciones no gubernamentales

Las organizaciones no gubernamentales (las ONG), pese a sus reducidas capacidades como sujetos de derecho internacional, también tienen un rol relevante en el proceso de internacionalización de los derechos humanos. Trabajan al interior de las organizaciones internacionales arriba mencionadas, participando activamente en sus foros, presentando propuestas e informes, así como denunciando Estados que han incumplido sus compromisos. En esta medida prestan un valioso apoyo a la labor desarrollada por los distintos órganos que conforman los sistemas universal y regional. Esto ha sido posible gracias al reconocimiento que han hecho las propias organizaciones internacionales del aporte que las ONG pueden efectuar a su labor de promoción y protección; pues como representantes de la sociedad civil están en capacidad de ofrecer una visión crítica frente a los informes que presentan los Estados relativos al cumplimento de sus obligaciones, así como de dar voz a sectores particularmente vulnerables de la población que, de otra manera, no tendrían acceso a las instancias internacionales[52].

Naciones Unidas, para facilitar la participación de estos actores en los procesos de debate y decisión que tienen lugar en sus distintos órganos, ha creado un sistema de acreditación del cual es responsable el Ecosoc[53].

50 Título II del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que comprende los artículos 19 a 51.

51 Capítulo VIII de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que comprende los artículos 52 a 69.

52 Carlos Villán Durán, *op. cit.,* p. 116.

53 La Resolución 1996/31 del Ecosoc establece las condiciones y el procedimiento para obtener este estatus.

Dependiendo de la amplitud de su ámbito de trabajo se les concede un tipo de estatuto consultivo —general, especial o *rooster*— que les permite asistir, con voz pero sin voto, a los foros en los que se discuten los temas de su interés. En la actualidad, 3.500 organizaciones gozan de alguno de estos estatutos[54]. En los ámbitos regionales no existe un sistema similar, lo que no obsta para que exista una relación constante con las organizaciones de la sociedad civil. Es frecuente que éstas presenten acciones en contra de los Estados, en representación de víctimas, por la vulneración de sus derechos esenciales[55], y aporten informes que faciliten la toma de decisiones por parte de los órganos competentes[56].

Las ONG, por otra parte, crean normas de *soft law*. En ocasiones se trata de códigos de conducta, que establecen las directrices que las propias organizaciones deben seguir en el cumplimiento de sus tareas. Un ejemplo es el *Código de Conducta para las ONG de Desarrollo*[57], promovido por la Coordinadora de ONGD España. En otras ocasiones proponen lineamientos para el respeto de los derechos esenciales por parte de todos los actores —estatales o privados— que intervienen en determinadas situaciones. Es el caso de la *Carta Humanitaria y Normas Mínimas para la Respuesta Humanitaria*, promulgada por Sphere Project, mediante la cual se establecen los principios y normas mínimas que deben guiar la respuesta humanitaria en caso de desastres naturales o producidos por el hombre[58].

Las empresas trasnacionales

Las empresas trasnacionales, también conocidas como multinacionales, son entidades económicas que realizan su actividad en más de un país. Suelen

54 Página web del Ecosoc: http://csonet.org/index.php?menu=30 (consultada el 20 de marzo del 2012).

55 Así, por ejemplo, The Aire Centre, ONG con sede en Londres, ha presentado varias demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial relacionadas con la protección de los derechos de los migrantes y los solicitantes de asilo. Ha obtenido decisiones tan importantes en la materia como el Caso 1820/08 Omojudi *vs.* The United Kigdom (2009), donde estableció que la decisión de expulsión de un migrante de larga duración no podía ser tomada sin tener en cuenta sus efectos sobre el bienestar de sus hijos menores de edad.

56 El presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, basándose en el artículo 73.3 del reglamento de este tribunal, suele invitar a diversas ONG a presentar opiniones escritas, cuando se encuentra preparando una opinión consultiva. Así ha ocurrido, entre otras, en las opiniones OC-17/2002 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* y OC-18/2003 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.*

57 Documento disponible en: http://www.coordinadoraongd.org/index.php/contenidos/index/id_contenido/4155

58 Documento disponible en: http://www.sphereproject.org/handbook/

adoptar distintas formas jurídicas y, con frecuencia, están integradas por un conglomerado que incluye una casa matriz y varias filiales que comparten una línea común de actuación. Hoy en día su número se estima en ochenta mil[59].

Estas empresas constituyen un poderoso actor en el mundo contemporáneo e interactúan en términos de igualdad con los Estados en ámbitos del derecho internacional como el de la inversión extranjera. De hecho, las controversias que surgen entre estos dos tipos de actores en este campo son resueltas, si así lo deciden las partes, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)[60], cuyos mecanismos se basan en la igualdad de los contendientes, sin que el Estado pueda argüir sus potestades soberanas para exigir un trato privilegiado.

Las empresas trasnacionales, al operar al interior de un territorio estatal, deben ceñirse, en principio, a la legislación nacional y, por tanto, cumplir las correspondientes previsiones relativas al respeto de los derechos humanos. Así que, a primera vista, el derecho internacional no tendría por qué ocuparse de regular su comportamiento. No obstante, bien por falta de una legislación doméstica adecuada, bien por la existencia de cláusulas que eximen a estos actores del cumplimento de ciertos deberes en los tratados que regulan su ingreso a los Estados, o sencillamente por la incapacidad de las autoridades estatales de controlar el desarrollo de su actividad, se ha hecho necesaria la intervención de la comunidad internacional. Ésta ha actuado a través de instrumentos de *soft law,* que proponen parámetros voluntarios de comportamiento.

Naciones Unidas fue la primera en ocuparse de este tema. En el 2003, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos —órgano subsidiario de la ya desaparecida Comisión de Derechos Humanos[61]— presentó las *Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*[62]. Un poco después, en el 2005, en el marco de los procedimientos

59 María Helena van Yurik, Judith Shönsteiner y Rebecca Steward, *Derechos humanos en el diálogo social entre comunidades y empresas. Propuestas para una guía,* Santiago de Chile, 2011, p. 12. En: http://www.derechoshumanos.udp.cl/areas-de-trabajo/empresas-y-derechos-humanos/conferencia-energiayddhh/documentos/.

60 Creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abierto a firma en Washington el 18 de marzo de 1965. Lo han ratificado 147 Estados.

61 Este organismo, subsidiario del Ecosoc, fue reemplazado en el 2006 por el Consejo de Derechos Humanos, creado por la Resolución 60/251 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

62 Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, del 26 de agosto del 2003.

especiales temáticos, creó la figura del representante especial del secretario general de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Este cargo, ocupado hasta el 2011 por el profesor John Ruggie[63], tuvo como tarea la identificación de los estándares de responsabilidad empresarial y de rendición de cuentas con relación a los derechos humanos. Fruto de este trabajo, el representante elaboró una política marco basada en los principios de responsabilidad primordial del Estado frente a los derechos humanos, responsabilidad social de las empresas y acceso a mecanismos efectivos de protección y reparación por parte de las víctimas.

Esta política ha sido vertida por el representante en los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, los cuales fueron adoptados por el Consejo de Derechos Humanos en junio del 2011[64]. Adicionalmente, el secretario general de esta organización ha promovido, desde 1999, la iniciativa *Global Compact*[65], a la que se acogen de forma voluntaria empresas trasnacionales, comprometiéndose a respetar diez principios relativos a cuatro áreas: derechos humanos, normas laborales, medio ambiente y lucha contra la corrupción[66].

Otras organizaciones internacionales también se han ocupado de establecer, mediante instrumentos de *soft law,* parámetros de comportamiento para las multinacionales, como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, con sus *Líneas Directrices* OCDE *para Empresas Multinacionales*, cuya última versión es del 2011[67]. Así mismo, las propias empresas, cada vez más concienciadas de su responsabilidad social, así como de los efectos negativos sobre su imagen que les supone ser acusadas de vulnerar los derechos humanos, se han dado a la tarea de crear sus propios códigos de conducta. Regularmente, estas empresas publican informes de sustentabilidad que dan cuenta de su compromiso en responsabilidad social empresarial, a la luz de sus códigos[68]. Para evitar la banalización de

63 En el 2011, la figura del representante fue transformada en un grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, conformado por cinco expertos. Su trabajo puede consultarse en la página web: http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx

64 Resolución 15 de junio de 2011, A/HRC/17/L.17/Rev.1

65 El Global Compact cuenta con su propia página web: http://www.un.org/es/globalcompact/

66 María Helena van Yurik, Judith Shönsteiner y Rebecca Steward, *op. cit.,* p. 17.

67 OECD *Guidelines for Multinational Enterprises,* documento disponible en: http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf

68 María Helena van Yurik, Judith Shönsteiner y Rebecca Steward, *op. cit.*, p. 15.

este mecanismo, organizaciones, como la red Global Reporting Initiative[69], se encargan de establecer los estándares mínimos de los informes empresariales.

Los individuos

La persona humana es destinataria de toda la estructura normativa e institucional del DIDH. Sin embargo, no se trata de un mero sujeto pasivo, ya que el mismo ordenamiento le ha conferido la capacidad de reclamar —ante instancias internacionales— el incumplimiento de los deberes estatales de respeto y garantía a sus derechos. A través del ejercicio de esta facultad ante las cortes y tribunales regionales, pero también ante los comités de Naciones Unidas que cuentan con procedimientos cuasi contenciosos de recepción de quejas individuales[70], las personas no sólo han efectuado sus propias reivindicaciones, pues sus denuncias han permitido que estos organismos llenen de contenido los derechos enunciados en los tratados. Así mismo, obligan a los sistemas de protección de derechos humanos a evolucionar al ritmo de las sociedades sobre las que ejercen vigilancia, al plantear asuntos que originalmente no estaban previstos en los tratados pero que interesan a estas comunidades. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana ha fallado sobre derechos de los pueblos indígenas que no están presentes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos[71], y el Tribunal Europeo sobre el derecho al medio ambiente, también ausente del Convenio Europeo de Derechos Humanos[72].

Por otro lado, las personas también actúan como creadoras de normas de *soft law* en este ordenamiento. No es infrecuente que grupos de expertos, procedentes del ámbito académico, preparen y divulguen instrumentos mediante los cuales proponen líneas de acción ante los retos que enfrenta la protección de los derechos humanos. Un ejemplo de este tipo de normas es la *Declaración de Estándares Mínimos Humanitarios,* adoptada por

69 La información sobre esta organización puede consultarse en su página web: http://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx

70 Se trata del ya mencionado Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer. La existencia de cada uno de estos organismos ha sido prevista en un tratado de derechos humanos, cuya vigilancia les ha sido encomendada.

71 Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs*. Nicaragua, fondo, reparación y costas, 31 de agosto del 2001, y Caso Comunidad indígena Yakye *Axa vs.* Paraguay, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio del 2005, entre otras.

72 Caso López Ostra *vs.* España, sentencia, 16798/90, 1994.

una reunión de expertos convocada por el Institute for Human Rights, de Åbo Akademi University, en 1990, mediante la cual se busca establecer las normas mínimas que deben ser respetadas a toda persona, en cualquier situación y por parte de cualquier actor, sea o no estatal[73].

Las fuentes del DIDH

El DIDH no tiene un sistema de fuentes distinto al del derecho internacional general. No obstante, presenta algunas particularidades en razón al fin que busca, así como a su relativa juventud. En esta sección se analizarán estos rasgos especiales, para lo que se abordarán tres fuentes que resultan centrales en este ordenamiento, como son los tratados, la costumbre y el *soft law*.

Las normas convencionales

Las normas convencionales son la fuente básica del DIDH, a través de las cuales se ha construido el entramado normativo e institucional que conforma su infraestructura. El número de estos acuerdos es amplio; de hecho para el 2002 se calculaba que ascendían a 143, entre tratados y protocolos, tanto del ámbito universal como de los ámbitos regionales[74]. Estas normas están sometidas a las reglas generales establecidas en 1969 por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; aunque la materia que regulan les impone ciertos rasgos especiales.

En primer lugar, el objetivo de estos tratados no es el intercambio recíproco de derechos entre los Estados partes, sino el reconocimiento de derechos a los habitantes de sus territorios, como parte de un proyecto que es común a todos los miembros de la comunidad internacional. Por tanto, no están sometidos al principio de reciprocidad, que permite a una parte incumplir el acuerdo si, previamente, otra así lo ha hecho[75]. Un segundo rasgo, consecuencia del anterior, tiene que ver con su interpretación. Ésta no sólo debe realizarse a través de los criterios clásicos, incorporados por las convenciones de Viena, también debe guiarse por el principio *interpretatio pro homine*, pues se debe buscar el sentido posible más favorable al

73 Documento disponible en: http://www.ifrc.org/Docs/idrl/I149EN.pdf

74 Carlos Villán Durán, *op. cit.,* p. 216.

75 ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion (1951), Recueil, 1951, p. 23. En el mismo sentido, Corte IDH OC-2/82 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva, 24 de septiembre de 1982, párrafos 74 y 75.

individuo[76]. La aplicación extraterritorial de sus disposiciones constituye la tercera característica particular de estos tratados. El respeto a los derechos que consagran es exigible más allá de las fronteras del Estado que lo ha ratificado, para extenderse a los territorios que ha ocupado en el desarrollo de un conflicto armado[77], o frente a personas sometidas a su control o autoridad aunque no se encuentren dentro de su territorio[78]. Una última característica es el hecho que varios de estos acuerdos establecen la posibilidad de suspender las garantías que consagran bajo estados de excepción, pero siempre que ello no afecte un reducto de derechos mínimos para la protección de la dignidad humana[79].

Las normas consuetudinarias

El lugar central de las normas convencionales en el DIDH no excluye la presencia de otras de naturaleza consuetudinaria. La cuestión es determinar qué derechos reconocidos a nivel internacional cuentan con los elementos de práctica —general, constante, uniforme y duradera— y de *opinio iuris* necesarios para adquirir el valor de costumbre. Al respecto, la doctrina apunta hacia el contenido, al menos parcial, de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; instrumento aprobado como una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas y, por tanto, carente originalmente de fuerza vinculante.

Si bien los Estados que la aprobaron no tenían intención de que esta situación cambiara, una serie de factores se conjuraron para otorgarle un mayor grado de vinculatoriedad. Por un lado fue, durante casi treinta años, el único instrumento sobre la materia, ya que los primeros tratados universales al respecto sólo entraron en vigor en 1976, lo que la convirtió en

76 Carlos Villán Durán, *op. cit.,* p. 104.

77 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinión (2004), ICJ Reports 2004, p. 136, párrafo 206. Así mismo, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (DRC *vs.* Uganda), Judgment (2005), ICJ Reports 2005, párrafo 216.

78 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *López Burgos c. Uruguay*, Doc. ONU CCPR/C/13/D/52/1979, 29 de julio de 1981. Así mismo, *Celiberti c. Uruguay*, Doc. ONU CCPR/C/13/D/56/1979, 29 de julio de 1981. En el ámbito europeo Caso 15318/89 *Loizidou* vs. *Turkey*, (1996). En el ámbito americano, Comisión Interamericana, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, OEA/SER.L/V/II.66, Doc. 17, septiembre 9 de 1985, Capítulo III, párráfos 81-91, 181.

79 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 4, Convención Europea de Derechos Humanos, en su artículo 15, y Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27.

una referencia obligada[80]. Así mismo, la *Proclamación de Teherán,* aprobada en 1968 por los más de ciento veinte Estados que participaron en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la declaró obligatoria[81]. Finalmente, ha existido una práctica reiterada de respeto a este instrumento por parte de los Estados, alimentada por las distintas organizaciones internacionales con competencias en la materia[82].

La existencia de pruebas en torno a la práctica y conciencia de obligatoriedad de este instrumento implican su inclusión en la categoría de costumbre. Sin embargo, no hay acuerdo respecto si debe considerarse en su integridad como tal[83], o sólo ciertas de sus disposiciones[84]. No obstante lo anterior, en algunas instancias, como el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Declaración en su totalidad es empleada como parámetro para el análisis del cumplimento de las obligaciones del Estado que no ha adquirido ningún compromiso por vía convencional. Ello apunta al reconocimiento del carácter de costumbre de todo el instrumento, al menos para los 193 países que hacen parte de esta organización internacional[85].

El *soft law*

Finalmente, es importante hablar del *soft law,* como fuente de especial relevancia del DIDH. Esta categoría está integrada por un amplio y heterogéneo grupo de instrumentos, que comparten dos elementos: el carácter no jurídicamente vinculante y, pese a ello, cierta relevancia jurídica dados

80 Se trató del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultuales, abiertos a firma en 1966.

81 *Acta Final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos,* Teherán, adoptada el 13 de mayo de 1968. Doc. ONU A/CONF.32/41, p. 4, párrafo 2.

82 Philip Alston y Bruno Simma, "The Sources of Human Rights Law: Customs, *Ius Cogens,* and General Principles", en *Australian Year Book of International Law*, 12, 1992, p. 100.

83 Así lo considera el profesor R. Galindo Pohl, representante especial sobre la situación de la República Islámica de Irán, en su informe a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1987. Doc. ONU E/C.N.4/1987/23, párrafo 22.

84 Jaime Oráa, *op. cit.,* p. 151.

85 El examen periódico universal es un mecanismo de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, establecido por la Resolución 60/251 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Todos los Estados miembros de esta organización deben someterse a éste cada cuatro años, presentando informes sobre su gestión, que son analizados a la luz de contra informes preparados por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en colaboración con organizaciones no gubernamentales (ONG).

sus efectos[86]. Las normas que lo conforman no son aplicables coercitivamente por los tribunales internacionales, pero pueden servir de apoyo a sus decisiones[87], en particular al momento de desentrañar el significado de disposiciones jurídicamente vinculantes.

A pesar de la crítica mirada de la que es objeto por una parte de la doctrina internacionalista, que sostiene que no se trata de una categoría jurídica[88], la relevancia del *soft law* en el derecho internacional en general —y en el DIDH en particular— es prácticamente indiscutible. Por una parte, favorece la formulación de disposiciones jurídicamente obligatorias, bien contribuyendo a la cristalización de la costumbre —en la medida en que revela la existencia de *opinio iuris* respecto a un determinado precepto[89]—, bien facilitando el proceso de elaboración de los tratados. En este segundo caso sus disposiciones son empleadas como la base a partir de la cual se formulan las convenciones, aprovechando que reflejan la existencia de consenso alrededor de ciertos principios, valores y reglas[90]. Por otra parte, la jurisprudencia y la doctrina han demostrado la utilidad de estos instrumentos para la interpretación y aplicación de las normas internacionales obligatorias[91]. Finalmente, se ha convertido en la vía a través de la cual los nuevos y poderosos actores del DIDH —las empresas trasnacionales y las ONG— se han sumado al proceso de creación de este ordenamiento,

86 El *soft law* no es una categoría exclusiva del derecho internacional, pero es allí donde mayor desarrollo ha tenido y mayores debates ha generado, en particular en torno a la posible modificación que supone para el sistema de fuentes. Esta última discusión fue iniciada por Prosper Weil en su artículo "Towards Relative Normativity in International Law?", publicado en *American Journal of International Law,* 1983, Vol. 77, donde advertía de los riesgos que implicaba este concepto, al que califica de patología del derecho internacional. Este texto produjo reacciones a favor y en contra, iniciando una polémica que aún está latente.

87 Anthony D'Amatoy Kristen Engels, *International Environmental Law Anthology,* Cincinnati, Andersons Law School Publications, 1996, p. 55.

88 Probablemente el autor que con mayor claridad expresa esta línea de pensamiento es Jan Klabbers, "The Redundacy of Soft Law", en *Nordic Journal of International Law*, 1996, No. 65.

89 Resulta particularmente relevante la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Nicaragua *vs.* USA, en cuyo párrafo 188 se emplea la Resolución 2625 (XXV) *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, para determinar la existencia de una norma de derecho internacional relativa a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

90 En esta línea se inscribe la práctica desarrollada en el seno de Naciones Unidas en la que una declaración de la Asamblea General solía preceder la preparación de una convención sobre la materia.

91 Ulrich Fastenrath, "Relative Normativity in International Law", en *European Journal of International Law,* 1993, No. 4, p. 312.

ampliando sus contenidos y proponiendo fórmulas para garantizar los derechos ya reconocidos.

Los derechos humanos y el *ius cogens*

Hasta el momento se han analizado los derechos humanos como parte de una específica rama del derecho internacional. Sin embargo, su papel al interior de este orden jurídico va mucho más allá, hasta el punto de integrarse en el *ius cogens*. Es decir, hacen parte del grupo de normas imperativas e ineludibles para todo miembro de la comunidad internacional, que conforman la estructura básica del derecho internacional. Ello en la medida en la que limitan la capacidad de los sujetos de crear o modificar normas, al tiempo que su vulneración supone un grave ataque al orden público internacional. Es por ello que algunos doctrinantes se refieren a este tipo de disposiciones como normas constitucionales[92].

La importancia del *ius cogens* corre paralela a su complejidad, que llega al punto que algunos doctrinantes niegan su existencia, si bien se trata de una postura minoritaria. La gran mayoría, apoyados en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia[93], sostiene la existencia de normas inderogables. Se trata, sin embargo, de un acuerdo muy frágil. Son múltiples las discusiones relativas a la manera como estas normas se crean, pues mientras algunos sostienen que sólo pueden ser originadas por la costumbre, otros sostienen que en los tratados también puede hallarse su origen. Así mismo, su relación con las normas *erga omnes* —categoría igualmente problemática que hace referencia a obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto— ha generado intensas discusiones[94].

Más allá de estos complejos debates, lo cierto es que ninguno de los que reconocen la existencia del *ius cogens* dudan de la inclusión de normas de

92 Philip Allott, "Reconstituting Humanity. New International Law", en *European Journal of International Law,* 1992, Vol. 3, No. 2. Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", en *Recueil des Cours* (Collected Courses of the Hague Academy of International Law), La Haya, Martinus Nijhoff, 1997.

93 La Corte Internacional de Justicia ha hecho específica referencia a esta categoría de normas en sus decisiones sobre el asunto de la *Plataforma continental del mar del Norte*, de 1969, y sobre el asunto de *Actividades militares y paramilitares contra Nicaragua*, de 1986.

94 Estas discusiones son abordadas por Michael Byers, en su trabajo "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", en *Nordic Journal of International Law,* 1997, No. 66.

derechos humanos en esta categoría[95]. Sin embargo, no hay total certeza de los derechos que la integran. Para algunos doctrinantes se trata de los derechos que no pueden ser derogados bajo ninguna circunstancia, de acuerdo con las principales convenciones en la materia: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos del Hombre[96]. Es decir, los derechos a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, las garantías mínimas del debido proceso y el principio general de no discriminación; dado que son aquellos presentes en estos tres tratados. Otros son más cautos y señalan que sólo hay total certeza respecto a las prohibiciones al genocidio, a la esclavitud, a la tortura y a la discriminación racial (en especial cuando se trata de políticas institucionalizadas del tipo *apartheid*), así como sobre el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos[97].

En todo caso, la enumeración de derechos humanos que se integran dentro del *ius cogens* no puede ser exhaustiva, pues estamos ante una categoría dinámica, en permanente transformación y abierta a la incorporación de nuevas normas[98]. En consecuencia, los doctrinantes y la jurisprudencia internacional, de forma constante, presentan nuevos derechos como integrantes de la misma. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en este grupo de normas se encuentra el derecho a no ser objeto de discriminación[99]. Lo que resulta realmente relevante es el hecho que la protección del ser humano se ha constituido, en menos de setenta años, en uno de los pilares del derecho internacional.

El uso de la fuerza armada como medio de protección de los derechos humanos

No es posible finalizar este capítulo sin hacer una breve mención a un debate que está teniendo lugar en este momento y que con seguridad determinará

95 Andrea Bianchi, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", en *The European Journal of International Law,* 2008, Vol. 19, No. 3, p. 495.

96 Carlos Villán Durán, *op. cit.,* p. 90.

97 Césareo Gutierrez Espada y María José Cervall Hortal, *El Derecho Internacional en la encrucijada,* Madrid, Trotta, 2008, p. 12.

98 International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 248. UN Doc A/CN.4/SER.A/1966/Add.

99 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 28 de agosto del 2002, párrafo 101.

el desarrollo de los derechos humanos en el derecho internacional en el futuro cercano. Se trata de la posibilidad de que la comunidad internacional emplee la fuerza armada para garantizar el respeto de los derechos humanos en Estados donde —por decisión de las autoridades, negligencia o debilidad— se presentan vulneraciones masivas, graves y sistemáticas de derechos tan básicos como la vida o la integridad personal.

A primera vista parece un total contrasentido el empleo de fuerzas armadas —cuya misión siempre está teñida de muerte— para la protección de la vida. Sin embargo, a esta decisión llegaron los Estados miembros de Naciones Unidas al aprobar, en el 2005, el documento final de la Cumbre Mundial de esta organización, en donde se incorpora el principio de "Responsabilidad de Proteger". De acuerdo con este principio, la comunidad internacional tiene la responsabilidad clara e inequívoca de proteger a todos los habitantes del planeta del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En consecuencia, si un Estado incumple su deber primordial de evitar que estas violaciones tengan lugar en su territorio, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede —agotados los medios pacíficos— ordenar el uso de la fuerza en su contra para poner fin a esta situación[100].

Esta norma se basa, a su vez, en el principio de soberanía como responsabilidad, de acuerdo con el cual, dado que la función esencial del Estado es proteger a su propia población, si incumple de manera grave este deber, pierde el derecho a invocar la soberanía como argumento para evitar una intervención internacional que pretende ejercer esta responsabilidad[101]. Se trata, por tanto, de la máxima limitación alcanzada hasta el momento del principio de no injerencia en asuntos domésticos[102], por acción de la *vis expansiva* de los derechos humanos.

Ahora bien, cabe preguntarse si se trata de una conquista de la humanidad para la efectiva protección de sus derechos más esenciales o si, por el contrario, estamos ante un mecanismo a través del cual los Estados que controlan el Consejo de Seguridad pueden imponerse sobre otros calificados de rebeldes, con la excusa de actuar como paladines de los derechos humanos. Al fin y al cabo no sería la primera vez que estos derechos fueran instrumentalizados en beneficio de los países más poderosos.

100 G.A. Res 60/1, disponible en: http://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet.html

101 Juan Garrigues, "La responsabilidad de proteger: de un principio ético a una política eficaz", en *La realidad de la ayuda: una evaluación independiente de la ayuda oficial al desarrollo internacional,* 2007-2008, p. 156.

102 Reconocido por el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas.

Hasta el momento, el uso de la fuerza, al amparo de la responsabilidad de proteger, sólo ha sido empleada en Libia en el 2011[103], contra el régimen del coronel Muammar al-Gaddafi. La intervención de la comunidad internacional permitió poner fin a los ataques de este gobernante en contra de su pueblo. Sin embargo, la situación de violencia interna dista mucho de haberse superado[104] y el número de muertos causados de forma directa o indirecta por la intervención aún no ha sido determinando. Si bien es sólo un caso de aplicación de esta nueva responsabilidad asumida por la comunidad internacional, lo que impide sacar conclusiones definitivas, su análisis no permite ser optimistas respecto a su desarrollo futuro. Quizás porque matar para proteger la vida no deja de ser una contradicción lógica y moral.

Bibliografía

Andrea Bianchi, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens",* en *The European Journal of International Law,* 2008, Vol. 19, No. 3.

Andrée Viana, "Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias", en Miguel Revenga y Andrée Viana (eds.), en *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Anthony D'Amatoy y Kristen Engels, *International Environmental Law Anthology,* Cincinnati, Andersons Law School Publications, 1996.

Antonio Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991.

Balakrishnan Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá, Antropos, 2005.

Boaventura De Sousa Santos, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1995.

Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", en *Recueil des Cours* (Collected Courses of the Hague Academy of International Law), La Haya, Martinus Nijhoff, 1997.

103 sc Res. 1970 (2011) y 1973 (2011).

104 Tras la muerte de Gaddafi, Libia no ha logrado la paz y la estabilidad prometidas. En marzo del 2012, la rica provincia de Bengasi proclamó su independencia exacerbando las tensiones hasta el punto de poner al país al borde de un nuevo conflicto armado interno.

Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002.

Césareo Gutiérrez Espada y María José Cervall Hortal, *El Derecho Internacional en la encrucijada,* Madrid, Trotta, 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 17, septiembre 9 de 1985.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *López Burgos c. Uruguay*, Doc. ONU CCPR/C/13/D/52/1979, julio 29 de 1981.

__ *Caso Celiberti* vs. *Uruguay*, Doc. ONU CCPR/C/13/D/56/1979, julio 29 de 1981.

Consejo de Europa, *Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Roma, noviembre 4 de 1950.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc), Resolución 1996/31, julio 25 de 1996.

Coordinadora de ONG para el Desarrollo-España, *Código de Conducta de las ONG de Desarrollo,* Madrid, 2008. En: http://www.congde.org/contenidos/codigo-de-conducta-de-las-ong-de-desarrollo-de-la-coordinadora.html

Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Omojudi* vs. *The United Kingdom* 1820/08, noviembre 24 del 2009.

__ *Caso Loizidou* vs. *Turkey*, (1996) Caso 15318/89, diciembre 18 de 1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez* vs. *Honduras*, sentencia de julio 29 de 1988, fondo, 1988.

__ Opinión consultiva OC-17/200, *Condición jurídica y derechos humanos del niño,* agosto 28 del 2002.

__ Opinión consultiva OC -18/200, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* septiembre 17 del 2003.

__ *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* vs. *Nicaragua*, fondo, reparación y costas, agosto 31 del 2001.

__ *Caso Comunidad indígena Yakye Axa* vs. *Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, junio 17 del 2005, entre otras.

Corte Internacional de Justicia (ICJ), *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations,* Advisory Opinion, Recueil, 1949.

__ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 1951, Recueil, 1951.

__ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinión, 2004, ICJ Reports 2004.

__ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (*DRC *vs.* Uganda*)*, Judgment (2005), ICJ Reports 2005.

__ *Caso Nicaragua* vs. *USA*, junio 27 de 1986.

Declaración de Estándares Mínimos Humanitarios, Turku Abo, 1990. En: http://www.ifrc.org/Docs/idrl/I149EN.pdf

El Proyecto Esfera, *Carta Humanitaria y normas mínimas para la respuesta humanitaria en casos de desastre*, Ginebra, 2004. En: http://www.sphereproject.org/handbook/

Heyns Cristof, "La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos", en Felipe Gómez Isa y José Manuel Pureza, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI,* Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, UN Doc A/CN.4/SER.A/1966/Add.

Jaime Oráa, "La Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Felipe Gómez Isa (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI,* Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

Jan Klabbers, "The Redundacy of Soft Law", en *Nordic Journal of International Law*, 1996, No. 65.

Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social o principios de derecho político*, Edicomunicación, 1999.

Joaquín Rodríguez-Toubes, *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995.

John Locke y Alfredo Juan Álvarez, *Cartas sobre la tolerancia y otros escritos*, Grijalbo, 1970.

__ *Dos tratados sobre el gobierno civil de 1690*, 2002.

José Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo,* Madrid, Tecnos, 2001.

Juan Garrigues, "La responsabilidad de proteger: De un principio ético a una política eficaz", en *La realidad de la ayuda: una evaluación independiente de la ayuda oficial al desarrollo internacional,* No. 2007-2008.

Julie Mertus, *The United Nations and Human Rights: a Guide for a New Era,* Londres, Nueva York, Routledge, 2009.

Lynn Hunt, *Inventing Human Rights. A History*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2007.

María Helena van Yurik, Judith Shönsteiner y Rebecca Steward, *Derechos humanos en el diálogo social entre comunidades y empresas. Propuestas para una guía,* Santiago de Chile, 2011. En: http://www.derechoshumanos.udp.cl/areas-de-trabajo/empresas-y-derechos-humanos/conferencia-energiayddhh/documentos/.

Mary Wollstonecraft, *Reivindicación de los derechos de la mujer*, 1972.

Michael Byers, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", en *Nordic Journal of International Law*, 1997, No. 66.

M.J.A.N. Condorcet, "De l'influence de la révolution de l'Amérique sur l'Europe (1786)", en *Oeuvres de Condorcet*, 1847-1849.

OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises Document*. En: http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf

Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer,* Ciudad de Belem do para, Brasil, junio 9 de 1994.

__ *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra personas con discapacidad,* julio 6 de 1999.

__ *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos,* San José de Costa Rica, julio 18 de 1978.

__ Resolución AG/RES. 1892 (XXXII-O/02).

__ Resolución AG/RES. 2140 (XXXV-O/05).

__ Resolución AG/RES. 2229 (XXXVI-O/06).

__ Resolución AG/RES. 2417 (XXXVIII-O/08).

__ Resolución AG/RES 2508 (XXXIX-O/09).

__ Resolución AG/RES. 2578 (XL-O/10).

Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Convención sobre la esclavitud*, Ginebra (Suiza), septiembre 25 de 1926.

__ *Acta final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos,* Teherán, adoptada el 13 de mayo de 1968, Doc. ONU A/CONF.32/41.

__ *Convención internacional para la eliminación de la trata de mujeres y niños*, Ginebra (Suiza), septiembre 30 de 1921.

__ *Carta de las Naciones Unidas,* San Francisco, junio 26 de 1945.

__ *Convención para la protección y asistencia de las personas desplazados internas en África*, Kampala (Uganda), octubre 23 del 2009.

__ *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, Nueva York, noviembre 20 de 1989.

__ *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 61/106, Nueva York, diciembre 13 del 2006.

__ *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 34/180, diciembre 18 de 1979

__ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 61/295 del 13 de septiembre del 2007.

__ *Declaración de Rio de Janeiro sobre medio ambiente*, adoptada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, junio de 1992.

__ *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Viena, junio 25 de 1993.

__ *Informe del Representante del Secretario General, sr. Francis M. Deng,* presentado con arreglo a la Resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, Principios rectores de los desplazamientos internos E/CN.4/1998/53/Add.2, Ginebra, febrero 11 de 1998.

__ *Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos,* Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, agosto 26 del 2003.

__ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* adoptado abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), diciembre 16 de 1966.

__ *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), diciembre 16 de 1966.

__ *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, los cuales fueron adoptados por el Consejo de Derechos Humanos en junio del 2011, Resolución 15 de junio del 2011, A/HRC/17/L.17/Rev.1

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), *Declaración de Rotterdam de la Asamblea Parlamentaria de la OSCE,* Rotterdam, julio 9 del 2003.

Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987.

Philip Allot, "Reconstituting Humanity. New International Law", en *European Journal of International Law*, 1992, Vol. 3, No. 2.

Philip Alston y Bruno Simma, "The Sources of Human Rights Law: Customs, *Ius Cogens,* and General Principles", en *Australian Year Book of International Law*, 12, 1992.

Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", en *American Journal of International Law,* 1983, Vol. 77.

R. Galindo Pohl, *Informe a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1987,* Doc. ONU E/C.N.4/1987/23

Richard Rorty, "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo", en Steven Shute y Susan Hurley (eds.), *De los derechos humanos: Las conferencias de Oxford Amnesty*, Madrid, Trotta, 1998.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso López Ostra* vs. *España*, Sentencia, 16798/90, 1994.

Ulrich Fastenrath, "Relative Normativity in International Law", en *European Journal of International Law,* 1993, No. 4.

CAPÍTULO 8

El uso de la fuerza en derecho internacional

Nicolas Letts

Introducción

Aunque la regulación internacional sobre el uso de la fuerza existe desde hace siglos, varios acontecimientos en las últimas décadas han incentivado nuevamente el estudio del tema. Aparte de los conflictos internos e internacionales que hoy existen, hay también una especie de discurso o doctrina sobre "la lucha contra el terrorismo" que ha generado un interés especial y que plantea varios interrogantes sobre el ordenamiento jurídico vigente.

El propósito de este capítulo es analizar las disposiciones que regulan el uso de la fuerza tanto en una etapa previa al conflicto (*ius ad bellum*) como durante las hostilidades (*ius in bello*), señalando las fuentes e instrumentos principales. Más que una descripción detallada de todas las normas, lo que se busca es identificar cuáles son los dilemas centrales que las mismas plantean, y reflexionar sobre posibles formas de abordarlos. Para ello, se examinarán algunos casos concretos en los cuales los Estados —individual o colectivamente— han recurrido a la fuerza, evaluando la legalidad de esa decisión en cada caso particular y discutiendo sus consecuencias frente a la conformación o consolidación de normas en derecho internacional.

Ius ad bellum

Después de la cruenta Segunda Guerra Mundial, y con el ánimo de procurar que los Estados se abstuvieran de recurrir al uso de la fuerza para dirimir

sus diferencias, en 1945 se suscribió la Carta de Naciones Unidas[1]. En ella se consignaron una serie de principios y de obligaciones orientadas, entre otros, a buscar el mantenimiento de la paz y seguridad global. La Carta constituye así el marco normativo que regula el empleo de la fuerza en una situación determinada, estableciendo que tal decisión no está sujeta a la mera voluntad de un Estado, sino que tiene limitaciones y debe ceñirse a una serie de preceptos consignados en ese tratado.

Prohibición general del uso de la fuerza y excepciones

La regla general que estableció la Carta es que los Estados deben abstenerse de recurrir a la fuerza, o a la amenaza del uso de la misma. El artículo 2(4) señala: "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, *se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza* contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas". (*cursivas por fuera del texto original*)

Sin embargo, el mismo texto contempla dos excepciones a la regla general, permitiendo a los Estados apartarse de esa prohibición en virtud de unas circunstancias particulares.

Autorización del Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad es la autoridad investida por el conjunto de Estados miembros[2] de las Naciones Unidas para preservar la paz y seguridad mundial[3]. En consecuencia, su mandato incluye evaluar cuándo surge una amenaza contra la misma y actuar para conjurarla. El artículo 39 de la Carta establece que: "El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad

1 Carta de las Naciones Unidas. En: http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm.

2 En la actualidad hay 193 miembros. Kosovo, Taiwán y el Vaticano no son miembros de la ONU.

3 Este órgano está compuesto por quince miembros, diez de ellos elegidos por la Asamblea General por un periodo de dos años (sin derecho a ser reelegidos al término de su mandato) y cinco miembros permanentes. Actualmente, los diez temporales son: Azerbaiyán, Guatemala, Marruecos, Pakistán y Togo (hasta el 2013) y Argentina, Australia, Luxemburgo, República de Corea y Ruanda (hasta el 2014). Los cinco miembros permanentes son: China, Francia, la Federación de Rusia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América.

con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales". A su vez, los artículos 41 y 42 rezan:

> ARTÍCULO 41. El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.
>
> ARTÍCULO 42. Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.

Según lo anterior, el Consejo de Seguridad evalúa una situación determinada, se pronuncia sobre la gravedad de la misma —es decir, si atenta o no contra la paz y seguridad—, ordena sanciones de orden económico o similares para amonestar al Estado violador y, si considera que las mismas no han tenido éxito, procede a autorizar el uso de todas las medidas que fueren necesarias —incluyendo la fuerza— para detener la amenaza. En tal circunstancia, los Estados están autorizados para ignorar la prohibición del artículo 2(4) y obligados a actuar. Existe en la práctica cierta discusión sobre si la autorización del Consejo debe ser expresa o si puede inferirse a partir de sus pronunciamientos. En el análisis del caso de Irak, que se discute más adelante, se abordará este interrogante.

Defensa legítima

La defensa legítima es la segunda de las excepciones a la prohibición general de usar la fuerza. Señala el artículo 51 de la Carta que:

> Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad

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

Si un Estado es víctima de una agresión, el derecho internacional le permite actuar para defenderse del ataque, informando de inmediato al Consejo de Seguridad para que el mismo se apersone de la situación. Para darle aplicación a esta norma, es fundamental definir qué se entiende por ataque armado.

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y los escritos de los tratadistas, al igual que otras fuentes, se han ocupado de definir las características de un ataque armado y los presupuestos de hecho que se requieren para su configuración. En el caso de Nicaragua contra Estados Unidos[4], la Corte definió el concepto de ataque armado citando la Resolución 3314 de la Asamblea General de Naciones Unidas, en la cual se establece que "[…] la agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición". Anotó en este caso, además, que un ataque armado implicaba no solamente acciones emprendidas por fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional, sino también el envío por un Estado de bandas armadas al territorio de otro Estado, si esa operación, por su escala y efectos, se hubiera clasificado como un ataque armado en caso de ser realizado por fuerzas armadas regulares. Así mismo, otros casos señalan que la amenaza de un ataque armado debe ser inminente (entendiendo por ello que sea insuperable, inmediata, que no da tiempo para deliberación ni alternativa de acción)[5] y que a la hora de determinar si se trata de un ataque armado se debe ponderar la capacidad de actuar del supuesto agresor y su intención real y efectiva de hacerlo[6]. En la doctrina internacional también se ha precisado que la inminencia de un

4 *Actividades militares y paramilitares en y contra el Gobierno de Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), noviembre 26 de 1984. En: http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf (en inglés).

5 Para una referencia al *Caroline Affair* o *Caroline Case* véase: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp (en inglés).

6 *Caso Plataformas Petrolíferas* (República Islámica del Irán contra los Estados Unidos de América), 6 de noviembre del 2003.

ataque armado debe implicar que cualquier demora adicional en reaccionar significaría que el Estado agredido no lograría defenderse —es decir, que ya sería muy tarde.

La intervención humanitaria

Algunos tratadistas[7] sostienen que la intervención humanitaria es una tercera excepción a la prohibición del uso de la fuerza. Argumentan que la Carta de Naciones Unidas está fundamentada en una serie de principios que deben contemplarse a la hora de interpretar sus disposiciones, y que la salvaguarda de las reglas humanitarias mínimas es propósito central del tratado y de los Estados que lo suscribieron. En particular, citan el artículo 2(4) y la frase "[…] o en cualquier otra forma incompatible *con los propósitos de las Naciones Unidas"* (*cursivas por fuera del texto original*), para argumentar que los valores humanitarios son precisamente consistentes con el espíritu y los propósitos de la Carta. Así, según esta lectura, es válido que los Estados recurran a la fuerza para evitar la ocurrencia de una crisis o catástrofe humanitaria. En el análisis del caso de Kosovo se evaluará si esta opinión tiene sustento en la normatividad internacional vigente, y si efectivamente constituye una tercera excepción al artículo 2(4) de la Carta.

Ius in bello

El *ius in bello* es aquel derecho que se aplica como ley especial en un escenario de conflicto, desplazando el ordenamiento jurídico ordinario y, en ocasiones, incluso algunas normas del derecho de los derechos humanos[8]. Encuentra sus orígenes en las Convenciones de la Haya de 1907, las cuales han sido desarrolladas y modificadas por las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales[9]. Las normas de 1907 se ocuparon

7 Entre ellos, Christopher Greenwoood, actual magistrado de la Corte Internacional de Justicia y abogado internacionalista quien actuó como apoderado de la OTAN después de su intervención armada en Kosovo. Véase: Christopher Greenwood, "Is there a Right of Humanitarian Intervention?", en *The World Today*, 1999, Vol. 49, No. 2, pp. 34-40, e "International Law and the NATO Intervention in Kosovo", en *The International and Comparative Law Quarterly*, 2000, Vol. 49, No. 4, pp. 926-934.

8 Así lo establece el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En: http://www.derechos.org/nizkor/ley/pdcp.html

9 Ante un incremento de conflictos no internacionales y guerras de liberación en el mundo, los Estados suscribieron unas normas adicionales en los protocolos I y II en 1977. También se suscribió el Protocolo III en el 2005, bajo el cual se adopta un nuevo signo

principalmente de regular los medios y métodos del combate, mientras que en Ginebra se buscó la protección de las víctimas. Este cuerpo normativo rige en los conflictos armados, sean ellos de carácter nacional o internacional.

Conflicto armado internacional

El artículo 2 (común) de las Convenciones de Ginebra indica que un conflicto armado internacional (CAI) ocurre en el siguiente escenario:

> Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias altas partes contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.
>
> El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una alta parte contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.

Según se desprende del texto, la constatación de un CAI no depende del reconocimiento o de la declaratoria de un estado de guerra por parte de una u otra de las altas partes contratantes, sino se trata de un hecho objetivo que se verifica por la realidad en el terreno. La definición de CAI fue ampliada por el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I, en el cual se establece que también serán considerados internacionales:

> […] los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Conflicto armado no internacional

La noción de conflicto armado no internacional (CANI) está definida en el artículo 3 (común) de las Convenciones de Ginebra, como aquel que no sea "de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes". A su vez, el artículo 1 del Protocolo Adicional II señala que

---

distintivo —un diamante rojo con fondo y centro blanco— para identificar también a las misiones humanitarias y el cual puede ser usado junto con, o en lugar de, la tradicional cruz roja.

son conflictos armados no internacionales aquellos "que se desarrollen en el territorio de una alta parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo". Es importante identificar que la primera definición es más amplia que la segunda, pues el Protocolo Adicional II se aplica solamente a conflictos entre fuerzas estatales y fuerzas disidentes o grupos armados organizados.

Recogiendo las dos definiciones y todos los elementos que integran uno y otro conflicto en la normatividad internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja define, en los Convenios de Ginebra, como conflicto armado internacional todo aquel en el cual "se recurre a la fuerza entre dos o más Estados", y no internacional todo aquel en el cual existen "enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado parte. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima"[10].

La beligerancia

Bajo la concepción de las Convenciones de La Haya, una parte beligerante es aquella que puede participar en las hostilidades como parte del conflicto, con inmunidad como combatiente y estatus de prisionero de guerra. En principio se trata de las fuerzas armadas regulares de un Estado, pero la condición puede también conferirse a grupos de milicianos que cumplan con los siguientes requisitos: a) se encuentren bajo un mando responsable, b) porten sus armas de manera visible, c) porten insignias o distintivos que los identifiquen, y d) se sometan a las normas del derecho internacional humanitario.

Quedan expresamente excluidos como partes en un conflicto los civiles, quienes no pueden participar en las hostilidades y gozan de todas las protecciones consagradas en el artículo 51 del Protocolo Adicional I[11].

10 "¿Cuál es la definición de 'conflicto armado' según el derecho internacional humanitario?", Comité Internacional de la Cruz Roja, Documento de Opinión, marzo del 2008. En: http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/$file/Opinion-paper-armed-conflict-es.pdf

11 Entre otras medidas de protección, los civiles no pueden ser atacados, amenazados o aterrorizados, o ser objeto de represalias.

Armas y métodos de guerra

Las normas que regulan los conflictos establecen también limitaciones frente al tipo de armas que pueden emplearse en una confrontación. El artículo 35 del Protocolo Adicional I señala dos principios básicos en esta materia: la prohibición de emplear armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, al igual que aquellas que causen daños duraderos, extensos y graves al medio ambiente. Aunque con complicaciones quizás en la parte probatoria, el segundo de los principios es relativamente fácil de determinar. El primero, sin embargo, pareciera ser algo vago y general. Es decir, ¿qué se debe entender por sufrimiento innecesario o daño superfluo? Son dos conceptos altamente subjetivos, y dotarlos de contenido no necesariamente encontrará consensos. En su labor de recopilación de las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH), el Comité Internacional de la Cruz Roja ha procurado aproximarse a una definición de lo que puede considerarse sufrimiento innecesario, señalando que ante un caso específico el observador objetivo debe hacerse las siguientes preguntas: 1) ¿El arma puede causar alguna enfermedad específica previsible?; 2) ¿Causa heridas grandes?; 3) ¿Produce un efecto para el cual no existe tratamiento médico alguno?; 4) ¿Produce un índice de mortalidad en combate de más del 22% o un índice de mortalidad hospitalaria superior al 5%?[12].

Igualmente, la Corte Internacional de Justicia se ha aproximado al tema indicando que "está prohibido causar sufrimientos innecesarios a los combatientes: consecuentemente, está prohibido emplear armas que les causen tales sufrimientos o que agraven innecesariamente su sufrimiento. En aplicación de este segundo principio, los Estados no tienen libertad ilimitada para elegir las armas que emplean"[13].

La Convención sobre ciertas armas convencionales, y los cinco protocolos adicionales a la misma[14], se encargan de regular esta materia en detalle y señalar el tipo de armas que son prohibidas.

12 Estos interrogantes se plantearon en el marco del proyecto Sirus, un esfuerzo del organismo de tratar de definir el concepto de daño superfluo. Véase: Comité Internacional de la Cruz Roja, *Review of the Legality of Weapons: A new Approach. The Sirus Project*. En: http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQ36

13 Ver: Corte Internacional de Justicia, Opinión sobre la licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares, 1996.

14 Protocolo I sobre fragmentos no localizables, Protocolo II sobre minas, armas trampa y otros artefactos, Protocolo III sobre armas incendiarias, Protocolo IV sobre armas láser cegadoras y Protocolo V sobre restos explosivos de guerra.

En cuanto a los métodos, tres son los principios que regulan las hostilidades: el de distinción, de proporcionalidad y de precaución. El artículo 48 del Protocolo Adicional I establece que: "A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares". A su vez, el 51.5.b del mismo señala que: "Se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque: b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista".

Nuevamente, la definición plantea algunos problemas: ¿Cómo determinar si se ha obrado de manera excesiva en relación con la ventaja militar prevista? ¿Es excesivo lanzar algunos misiles que producen la muerte a varios civiles pero cuya ventaja militar es lograr la destrucción de una fábrica de armas del enemigo, que se encontraba relativamente cerca de edificios civiles? En algunos casos puede ser fácil determinar excesos, pero en otros —quizás la mayoría— la norma quedaría sujeta a la interpretación o arbitrio de una u otra de las partes. Finalmente, los artículos 57 y 58 del Protocolo I establecen las precauciones que se deben tomar al momento de realizar un ataque, entre las cuales se encuentran las de hacer todo lo posible para no afectar civiles o bienes civiles, hacer todo lo posible para reducir el número de muertos, y otros similares. Una vez más, las ambigüedades y subjetividades campean —¿qué es hacer todo lo posible para no afectar algo o a alguien?

Proporcionalidad y necesidad

En todos los casos en que se recurra a la fuerza bajo el derecho internacional, se deben observar los principios de necesidad y proporcionalidad[15]. Al ser dos conceptos bastante amplios y vagos en su definición, han sido la jurisprudencia, los tratados y los escritos de doctrinantes los encargados de darle un contenido a estos términos. La necesidad se trata, en general, de determinar si una situación específica amerita o requiere del uso de la

15 Esta obligación se ha reiterado, entre otros, en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud del uso de armas nucleares.

fuerza. La proporcionalidad, por su parte, analiza cuánta fuerza es legítimo emplear para lograr el objetivo propuesto. La primera se observa en el momento previo al uso de la fuerza *(ius ad bellum)* y la segunda en el conflicto mismo *(ius in bello)*.

La doctrina de la proporcionalidad se remonta a las Convenciones de La Haya de 1907 y se codifica posteriormente en el artículo 49 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. En términos generales, la doctrina señala que un Estado está facultado para defenderse ante un hecho ilegal cometido, siempre y cuando la respuesta sea proporcional al daño sufrido. En el *ius ad bellum,* la proporcionalidad indica que un Estado debe usar un grado o nivel de fuerza proporcional a aquel empleado en su contra, o que el Estado puede usar un grado mayor siempre y cuando se emplee únicamente para proteger los intereses esenciales del Estado y conjurar la amenaza. En cuanto al *ius in bello,* la proporcionalidad implica que la fuerza utilizada por un Estado sea proporcional a la ventaja militar que se obtiene por medio de la misma. Como se anotó, surgen dificultades a la hora de tratar de definir esta noción de "ventaja militar".

Para que el uso de la fuerza se ajuste al principio de necesidad, no puede usarse más allá de la necesaria para obtener el resultado buscado[16]. Igualmente, debe agotarse todo otro posible recurso antes de acudir a la misma. Por supuesto, la evaluación sobre dicho agotamiento no es facultad de quien pretende hacer uso de la fuerza, sino el resultado de una ponderación objetiva de los hechos[17].

Algunos casos emblemáticos del uso de la fuerza

Terrorismo y Afganistán

El fenómeno del terrorismo, especialmente desde la óptica de la estrategia de seguridad de los Estados Unidos, le ha planteado algunos retos nuevos al derecho internacional del uso de la fuerza. El discurso que se ha trazado desde Washington ha buscado revivir una institución considerada, en la

16 Ver: *Caso Plataformas Petrolíferas* (La República Islámica del Irán contra los Estados Unidos de América), 6 de noviembre del 2003. En: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=op&case=90&k=0a

17 Ver: *The Caroline Case* (Gran Bretaña y Estados Unidos). En: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp

jurisprudencia y en la doctrina, contraria a derecho. Se trata de la figura de legítima defensa anticipada (en inglés, *pre-emptive self defence*) y pretende justificarse, nuevamente, argumentando que el terrorismo es un riesgo con unas características diferentes a las demás amenazas comprendidas en las definiciones tradicionales sobre el ataque armado o la inminencia del mismo. Como lo señaló el Gobierno de ese país en su oportunidad: "Estados Unidos considera necesario ejercer su derecho a la legítima defensa actuando de manera anticipada, dada la inmediatez de las amenazas de hoy en día y la magnitud y potencial daño que puede causar el terrorismo, adaptando la noción de riesgo inminente y analizándola a la luz de las capacidades y los objetivos de los actuales adversarios"[18].

Lo que sugiere esta visión es que la lucha contra el terrorismo obliga a replantear los conceptos tradicionales (consignados en los casos de Nicaragua, el *Caso Caroline* y otros) que regulan el uso de la fuerza, abriendo un amplísimo espacio para el ejercicio de la discreción en la valoración de lo que se considera un riesgo inminente de un ataque armado. Bajo esta línea de pensamiento, los Estados estarían facultados para determinar, de manera unilateral, si es justificado el uso de la fuerza en un escenario determinado.

El caso de Afganistán fue quizás el primero en evidenciar el argumento del uso de la fuerza dirigido a la amenaza terrorista.

Después de los ataques del 11 de septiembre a las torres gemelas en Nueva York, en la Resolución 1368 de 2001, el Consejo de Seguridad estableció la necesidad de combatir cualquier amenaza terrorista contra la seguridad y la paz internacional, reafirmando la existencia del derecho individual o colectivo de los Estados a defenderse. Adicionalmente, conminó a todos los Estados a que actuaran en conjunto para encontrar y enjuiciar a los responsables. En resoluciones subsiguientes (1373/2001, 1378/2001) reafirma todo lo anterior, condenando, además, al régimen Talibán por auspiciar las acciones de Al Qaeda.

Estados Unidos y el Reino Unido atacan Afganistán el 7 de octubre del 2001, en una campaña contra el terrorismo que estaba orientada a capturar a su máximo líder, Osama Bin Laden, y a conjurar la amenaza del terrorismo. Haciendo uso del derecho de los Estados a defenderse, se inició una guerra que aún no termina y que ha cobrado un altísimo precio en vidas humanas y daños materiales. La pregunta que se suscita en este caso, al igual que en los siguientes, es si es legal o no el uso de la fuerza en esta situación.

18 Así lo sugiere la estrategia de seguridad de Estados Unidos para el año 2002. Véase: The National Security Strategy of the United States of America, septiembre 2002. En: http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/nss.pdf

Ya se ha señalado que son dos las excepciones a la prohibición del artículo 2(4). La primera es cuando la fuerza se emplea en respuesta a un ataque armado, y la segunda se da cuando el Consejo de Seguridad la autoriza. Además, se ha planteado que la autorización del Consejo debe ser expresa, evitando así la posibilidad de permitirle a los Estados ejercer algún tipo de discrecionalidad en ello.

En el caso de Afganistán no existió autorización expresa del Consejo, lo cual sólo deja una alternativa: la defensa ante un ataque armado. ¿Fue, entonces, el atentado de las torres gemelas un ataque armado, aun cuando no haya provenido de un Estado? ¿Fue la reacción un acto de defensa en sentido estricto? Es claro que la agresión en contra de Estados Unidos fue una manifestación de violencia, de fuerza, aun cuando efectuada por unos individuos y no otro Estado. El derecho internacional no parece exigir, en principio, que el ataque armado lo realice un Estado, ni prohibir que provenga de una o varias personas, como así lo determina el ya citado *Caso Caroline*. La naturaleza de ese ataque se ajusta de manera evidente a lo que exige el ordenamiento para calificar un acto como ataque armado, y con ello es posible afirmar que Estados Unidos sí fue víctima del mismo.

La segunda pregunta es quizás más complicada de responder. ¿Fue la ofensiva contra Afganistán un esfuerzo por reaccionar a su ataque armado y una acción para defenderse del mismo? El ataque fue uno, y fue imposible de repeler o mitigar. La respuesta armada de Estados Unidos en nada lograría defender el ataque, pues el mismo ya había ocurrido. En ese sentido, se trató más de un "contra-ataque", una venganza por lo que los terroristas hicieron el 11 de septiembre. Esos actos de retaliación han sido ampliamente analizados y discutidos en la literatura. En derecho internacional reciben el nombre de represalias, y el ordenamiento los prohíbe[19].

19 Existen varias manifestaciones sobre la prohibición de las represalias. En su salvamento de voto, en la sentencia del caso de Nicaragua, el juez Nagendra Singh manifestó que en derecho internacional las represalias eran prohibidas, y que si el mundo aceptaba que los Estados tenían derecho a reaccionar por la fuerza ante cualquier provocación o acto de otro Estado por fuera de las restricciones impuestas por el ordenamiento, rápidamente llegaríamos a una tercera guerra mundial. (Ver: *American Journal of International Law* 29, 1986, pp. 305-310.) Por su parte, el artículo 51 (6) del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra establece que las represalias contra personal civil son absolutamente prohibidas. Lo anterior fue reafirmado, entre otros, por el Tribunal de la Antigua Yugoslavia en el caso Kupreskic (ver: http://www.icty.org/case/kupreskic/4). Varios doctrinantes (entre ellos, Greenwood, Bowett y Reismann) coinciden con la existencia de esa prohibición. Uno de los opositores de esa prohibición es Yoram Dinstein, quien sostiene que las represalias en derecho internacional son válidas si se ejecutan en respuesta a un acto ilegal cometido previamente en contra de quien las ejerce. La Corte Internacional de Justicia ha sido también enfática en condenar los actos represivos y de retaliación ejecutados por parte de Israel en Palestina, condenando

Dado que el uso de la fuerza de manera preventiva también está proscrito, Estados Unidos enfrentaría serios problemas a la hora de justificar los ataques. La teoría que se esgrimió, y que no es del todo nueva y se ha empleado también en el caso del conflicto entre Israel y Palestina, es la de sostener que un ataque armado puede configurarse a partir de una sucesión de actos terroristas. El argumento se fundamenta en que un acto terrorista es reflejo de una amenaza continua del grupo o del individuo, y que por lo tanto un Estado está en riesgo inminente de ser atacado nuevamente, y goza del derecho de defenderse ante ese certero ataque futuro.

Si bien es cierto que el argumento puede tener alguna lógica, también lo es que aceptarlo nuevamente implica permitirle a los Estados ejercer un amplio grado de discrecionalidad. Ello porque autorizaría a los Estados para calcular o evaluar quién es el posible enemigo (Estado o individuo o grupo de individuos), o cuándo estima que ese agresor lo va a atacar. Es decir, permite revivir de manera muy clara la institución de legítima defensa preventiva.

La posibilidad de que los Estados ejerzan discrecionalidad en evaluar casos de terrorismo y los aborden como institución especial y no bajo las normas existentes en derecho internacional tiene evidentes inconvenientes, que el mismo caso de Afganistán ha reflejado en la práctica. Por una parte, ha permitido una ofensiva prolongada en ese país que no necesariamente se ha limitado a minimizar la capacidad bélica de Al Qaeda (que sería la materialización de los principios de proporcionalidad y necesidad exigidos en la defensa legítima) sino que ha trascendido hacia otros objetivos. Por otra, ha permitido un tratamiento diferente a los sospechosos de cometer actos terroristas, tratamiento que incluso ha sido condenado y rechazado por las mismas autoridades judiciales estadounidenses[20] y que constituye

---

la ocupación de algunos territorios por parte de Israel y varios de los actos que cometen en contra del pueblo palestino, los cuales buscan justificar como actos de defensa. Ver: Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. En: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=71&code=mwp&p1=3&p2=4&p3=6&case=131&k=5a

20 Quizás el caso más famoso es Hamdan *vs.* Rumsfeld. Hamdan, ciudadano Yemení y sospechoso de actos terroristas contra Estados Unidos, fue detenido y llevado a prisión en Guantánamo. El Estado, en su calidad de demandante, lo acusó de una serie de crímenes y solicitó su condena. Hamdan argumentó, entre otros, que se le había violado una serie de garantías procesales fundamentales. La Corte Suprema de Estados Unidos aceptó varios de los argumentos de Hamdan y afirmó de manera categórica que el Gobierno de Estados Unidos no podía irrespetar principios básicos y derechos fundamentales de los individuos y justificarlos bajo el Estatuto Antiterrorista. Véase: Hamdan *vs.* Rumsfeld, secretario de Defensa, *et al*., *Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit No. 05-184.* Argued March 28, 2006, Decided June 29, 2006. En: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=05-184

una manifiesta violación a normas humanitarias consuetudinarias del derecho internacional humanitario.

En tal escenario, y dado que el derecho internacional busca restringir al máximo el uso de la fuerza y la posibilidad de que los Estados justifiquen su uso, es conveniente pensar en castigar los actos terroristas (y su amenaza) con las herramientas que ya existen (sea para prevenirlos o para castigarlos). En materia de prevención, es claro que no es tarea fácil (pero tampoco lo es frente a casi cualquier otro tipo de acto criminal) y, en cuanto al castigo, supone también complejidades en asuntos tales como jurisdicción y otros. Sin embargo, se considera que el derecho internacional actual cuenta con las herramientas, mecanismos y tribunales suficientes para poder resolver los retos que plantea el terrorismo, y que no es adecuado o deseable flexibilizar las normas que regulan el uso de la fuerza para que cada Estado evalúe si recurre a ella o no en nombre de luchar contra el terrorismo.

Kosovo

Tal como se mencionó más arriba, el caso de la intervención de la OTAN en Kosovo sirvió para discutir si el uso de la fuerza para evitar una catástrofe humanitaria se encontraba o no dentro del marco del artículo 2(4) de la Carta y si constituía una excepción válida a la prohibición que el mismo establece.

El 24 de marzo de 1999, tropas de la OTAN intervinieron en Yugoslavia alegando razones de orden humanitario y justificando así el uso de la fuerza mediante fuertes bombardeos.

Sin ahondar aquí en la historia de la región ni en el contexto del conflicto, baste señalar que algunos hechos concretos antecedieron la acción armada de la mencionada organización. El 31 de marzo de 1998, el Consejo de Seguridad de la ONU expidió la Resolución 1160 expresando su apoyo a la autonomía administrativa reconocida a Kosovo por parte de Yugoslavia. Sin embargo, la violencia no cesó y en los meses siguientes se recrudeció. En septiembre de 1998, el Consejo de Seguridad se pronunció nuevamente, mediante la Resolución 1199, y posteriormente en la 1203, señalando que el deterioro en la situación de violencia constituía una amenaza para la paz y la seguridad regional. Ambas resoluciones se dictaron en el marco del Capítulo VII de la Carta, y en las dos se exigió el retiro de las tropas yugoslavas de Kosovo, la reanudación de las negociaciones entre las partes y el retorno de los refugiados a sus tierras. La OTAN se encargó de vigilar el cumplimiento de esas resoluciones, amenazando con usar la fuerza en caso contrario. Pese a un breve periodo de distensionamiento y de concesiones

por parte de Yugoslavia, un nuevo episodio violento, en enero de 1999, por parte de tropas serbias, produjo una enérgica reacción de la OTAN, la cual, en marzo del mismo año, decidió recurrir al uso de la fuerza.

Dos fueron los argumentos principales que esgrimieron los defensores de las acciones de la OTAN. El primero buscaba sostener que el lenguaje y el sentido de las resoluciones del Consejo de Seguridad equivalían a una autorización del mismo a usar la fuerza. Dado que en sus textos se hizo referencia a una "amenaza para la paz y seguridad", y no se descartó el uso de "otras medidas", la interpretación fue que ello constituía efectivamente una autorización tácita por parte del mencionado órgano.

A la luz del artículo 53 de la Carta, el cual señala que "[…] no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad, salvo que contra Estados enemigos, según se les define en el párrafo 2 de este Artículo, se tomen las medidas dispuestas en virtud del Artículo 107 o en acuerdos regionales dirigidos contra la renovación de una política de agresión de parte de dichos Estados, hasta tanto que a solicitud de los gobiernos interesados quede a cargo de la Organización la responsabi1idad de prevenir nuevas agresiones de parte de aquellos Estados", y adicionalmente del carácter evidentemente restrictivo de la prohibición contenida en el 2(4) de la misma, el argumento de la autorización tácita es bastante cuestionable.

Sin embargo, es también un hecho que la acción de la OTAN fue apoyada por una gran cantidad de Estados[21] y no recibió el rechazo generalizado de la comunidad internacional ni del Consejo de Seguridad. El gran opositor, por razones políticas evidentes, fue la Federación de Rusia. En su calidad de miembro permanente del Consejo de Seguridad había vetado cualquier iniciativa de utilizar la fuerza, y una vez ocurrida la intervención procedió a condenarla y alertar sobre la grave violación al derecho internacional que se estaría cometiendo por parte de la OTAN.

Dos consideraciones importantes se desprenden del caso de Kosovo. Por una parte, pone de presente las dificultades que enfrenta el Consejo de Seguridad para tomar decisiones y, por lo tanto, para actuar ante una situación crítica. El mecanismo de concertación en el seno de ese órgano tiene claras limitantes, y quizás vale la pena emprender una discusión (la cual ya se ha planteado) entre la comunidad internacional para determinar si es conveniente reformar el actual sistema. Una segunda consideración

21 Entre otros, por Estados Unidos, Gambia, Canadá, Holanda y Brasil. Véase: Comunicado de Prensa del Consejo de Seguridad sc/6657. En: http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990324.sc6657.html

que surge de este caso es que plantea un interesante enfrentamiento entre dos conceptos: la legitimidad y la legalidad. La posición jurídica que aquí se defiende es que la intervención armada en Kosovo no fue legal en estricto sentido. La excepción de "intervención para evitar una catástrofe humanitaria" no encuentra aún pleno desarrollo en el derecho internacional, y no constituye una razón válida para usar la fuerza en ausencia de autorización expresa del Consejo de Seguridad. Cuando mucho, podría hablarse de que es una norma que está en proceso de consolidación, y que sus elementos centrales serían la existencia de una catástrofe humanitaria declarada por el Consejo de Seguridad, el agotamiento de todo otro posible recurso previo al uso de la fuerza, la sujeción a los principios de proporcionalidad y necesidad, y un grado de fuerza que se limite de manera estricta a eliminar la amenaza de catástrofe humanitaria y nada más.

Sin embargo, puede considerarse deseable, loable y legítimo que un Estado, o un grupo de ellos, actúe (incluso usando la fuerza) en un caso en el cual la situación humanitaria es tan delicada como lo fue en Kosovo. Siempre existirá la posibilidad de argumentar (como la Federación de Rusia lo hizo) que no se agotaron todos los demás mecanismos que estaban al servicio de la OTAN o sus Estados miembros, pero lo cierto es que la observación objetiva de los hechos sí refleja que en la región se vivía efectivamente una crisis humanitaria. Las resoluciones del Consejo de Seguridad que antecedieron la acción de la OTAN, además, así lo confirman. El apoyo que tuvo esa reacción fue abrumador. Mientras que China y Rusia fueron los principales opositores, países como Canadá, Holanda y otros sostuvieron que era legítimo reaccionar, porque los Estados no se podían dar el lujo de ver semejante crisis y no actuar. Curiosamente, los defensores de la respuesta armada no se metieron en la discusión sobre la legalidad de la acción, sino que se limitaron a legitimarla.

Irak

La intervención armada en Irak, que finalmente llevó al derrocamiento de su líder Saddam Hussein, tiene ya dos décadas de historia. El 2 de agosto de 1990, Hussein invadió Kuwait, país que inmediatamente alertó a la comunidad internacional conminándola a actuar en su defensa. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, actuando bajo los artículos 39 y 40 de la Carta, señaló en la Resolución 660 de 1990 que la invasión constituía una amenaza a la paz y seguridad global. Posteriormente, en la Resolución 661 del mismo año, actuando bajo el Capítulo VII de la Carta, afirmó que los Estados gozan del derecho inherente a defenderse, y ordenó a todos

los Estados a suspender de inmediato sus relaciones comerciales con Irak, imponiéndole un embargo y decretando sanciones.

En la tercera resolución, la 678 de 1990, el Consejo declaró que Irak se había rehusado a cumplir con las anteriores resoluciones, indicándole que ese texto era su última advertencia y autorizando a los Estados a tomar todas las medidas necesarias para lograr el cumplimiento de las órdenes emitidas por el Consejo. Es así como, mediante el uso de la fuerza, algunos Estados intervienen y obligan a Irak a retirarse de Kuwait, en una acción claramente enmarcada dentro de las excepciones a la prohibición del artículo 2(4) contenidas en los artículos 39, 40 y 41 de la misma Carta.

Luego de la restauración del orden, el Consejo de Seguridad expide en 1991 la Resolución 687, en la cual le pide a los Estados en disputa que definan sus fronteras según los acuerdos suscritos entre ellos en los años sesenta, fija las condiciones para el envío de una comisión de la ONU que monitoree el proceso de demarcación de las fronteras y le ordena a Irak destruir todas sus armas biológicas. También autoriza a los Estados para que reanuden el comercio de productos de primera necesidad, aun cuando mantiene el embargo comercial que había decretado.

En 1998, mediante la Resolución 1164, de nuevo actuando bajo el Capítulo VII de la Carta, el Consejo ordena a Irak permitirle el acceso irrestricto en el país a la comisión nombrada para investigar el tema de las armas biológicas, advirtiendo que cualquier desacato a esa orden conllevaría a la imposición de las más severas consecuencias. Cuatro años más tarde expide la Resolución 1441, en la cual manifiesta que el incumplimiento de Irak a las órdenes del Consejo y la proliferación de armas biológicas y misiles de largo alcance constituían una amenaza a la paz y seguridad mundial. Declara que Irak ha incurrido en un "persistente incumplimiento" de sus obligaciones y señala que es su última oportunidad para cumplir con las mismas.

Luego de esta resolución, los gobiernos del Reino Unido y de Estados Unidos realizaron una operación militar conjunta y atacaron Irak. El Reino Unido justificó sus acciones[22] argumentando que la fuerza era el único recurso disponible para obligar a Irak a cumplir con sus obligaciones, habida cuenta de que se había agotado ya toda otra alternativa pacífica. Estados Unidos afirmó lo mismo[23], y además señaló que la acción armada estaba

22 Véase la comunicación enviada por parte del representante del Reino Unido ante la ONU al Consejo de Seguridad en marzo del 2003 (S 2003/350).

23 Véase la comunicación enviada por parte del representante de Estados Unidos ante la ONU al Consejo de Seguridad en marzo del 2003 (S 2003/351).

fundamentada en una autorización por parte del Consejo de Seguridad. Estados Unidos sustentó ese argumento señalando que el incumplimiento de las obligaciones por parte de Irak básicamente revertía la situación a aquella que dio lugar a la Resolución 678, es decir, a la autorización del uso de la fuerza.

La legalidad de la intervención es cuestionable, y no existe en la doctrina una posición unificada respecto de la misma. Incluso, juristas de los países atacantes cuestionaron el uso de la fuerza[24]. Quizás, nuevamente, ante la imposibilidad de lograr consenso en el Consejo de Seguridad para obtener una autorización expresa, Estados Unidos y el Reino Unido optaron por interpretar la voluntad del Consejo, infiriendo la autorización a partir de las resoluciones que antecedieron el ataque y que configuraban su contexto. Ello plantea un dilema central: ¿Pueden los Estados interpretar de manera unilateral la voluntad del Consejo de Seguridad? La Carta es clara en señalar que el único guardián de la paz y seguridad es el Consejo, y nadie más está facultado por el ordenamiento para arrogarse esa facultad. No obstante las dificultades políticas de lograr decisiones en el seno del mismo, no parece conveniente permitirle a los Estados interpretar su voluntad, pues hacerlo equivale a aceptar una enorme discrecionalidad, que de alguna forma contrariaría el espíritu de la prohibición del uso de la fuerza. Se trata de un régimen excepcional por naturaleza, y despojarlo de ese carácter desnaturalizaría sus normas.

Aparte de consideraciones netamente formales, hay otros elementos de los argumentos esbozados por Estados Unidos y el Reino Unido que hay que evaluar. ¿Se había efectivamente agotado todo otro posible recurso? ¿Sólo quedaba el uso de la fuerza? En su momento, los informes y reportes allegados por el inspector nombrado por Naciones Unidas para investigar el arsenal de Irak, Hans Blix, no ofrecieron conclusiones contundentes sobre si había o no armas de destrucción masiva o biológicas, e incluso

24 En concepto de fecha 7 de marzo del 2003 del procurador general del Reino Unido (asesor jurídico principal del Gobierno), por petición expresa del primer ministro, solicitando un pronunciamiento sobre la legalidad de un eventual ataque, el funcionario señaló que el derecho internacional contemplaba únicamente la legítima defensa (colectiva o individual) y la autorización del Consejo de Seguridad como las únicas dos excepciones a la prohibición contemplada en el artículo 2(4) de la Carta de Naciones Unidas. Consideró que el uso de la fuerza tendría que estar precedido por una autorización del Consejo, expresamente permitiendo la fuerza o señalando de manera inequívoca que Irak definitivamente había incumplido con sus obligaciones y había perdido su "última oportunidad" para cumplir. Adicionalmente, explicó que para que la acción armada fuera procedente, sería imperativo demostrar que Irak había incumplido con sus obligaciones.

si habiéndolas existía intención por parte de Hussein de utilizarlas. Hubo mucha especulación al respecto en la época, y ya hoy en día existe abundante información sobre la ausencia de pruebas definitivas que justificaran el ataque.

Un tercer argumento es la proporcionalidad en el uso de la fuerza. Suponiendo que había armas biológicas, y que Irak las iba a utilizar, ¿fue proporcional para mitigar esa amenaza atacar al país con bombardeos que culminaron con el derrocamiento y muerte de Saddam, y que hoy en día tienen al Estado en una situación de transición de una ocupación internacional hacia la restauración de una democracia?

No fueron pocas las reacciones negativas frente a la decisión de atacar y la justificación empleada. La Liga de Países Árabes rechazó la medida, como también lo hicieron los países del movimiento de los no alineados, los cuales la calificaron como una clara violación al derecho internacional. También adujeron violaciones a la soberanía de Irak, argumentando que la motivación norteamericana no buscaba exclusivamente impedir el uso de armas biológicas sino que en realidad se deseaba derrocar el régimen de Hussein.

Cualquiera que fuera el objetivo principal, lo cierto es que se trata de un caso en el que algunos Estados poderosos unilateralmente interpretaron la voluntad del Consejo de Seguridad y acudieron a la fuerza sin haber recibido una autorización expresa y explícita de ese órgano, y sin haber sido víctimas de un ataque armado.

Conclusiones

El derecho internacional regula el uso de la fuerza y limita la posibilidad de que los Estados recurran al mismo de manera arbitraria o discrecional. Según la normatividad vigente, las únicas dos excepciones a la prohibición consignada en el artículo 2(4) de la Carta de Naciones Unidas son la legitima defensa y la autorización del Consejo de Seguridad. Para que la primera se configure se requiere un ataque armado o la inminencia del mismo bajo circunstancias objetivamente constatables, y en el segundo caso es necesaria una manifestación expresa del Consejo autorizando de manera inequívoca el empleo de la fuerza. En cualquiera de los casos deben observarse los principios de proporcionalidad y necesidad, tal como han sido definidos por la Corte a través del análisis de varios casos y ratificados por doctrinantes. Es posible que en el ordenamiento actual se esté configurando una tercera excepción: el uso de la fuerza para evitar una catástrofe humanitaria. La práctica de los Estados sugiere que en determinadas circunstancias

puede aceptarse esta regla, pero aún no se ha consolidado como costumbre en derecho internacional. Por el momento, se trata de una justificación que tiene apoyo más en el campo de la legitimidad que en el de la legalidad.

Durante las hostilidades, en un contexto de conflicto (internacional o no internacional), las partes están obligadas a respetar unas normas y principios que regulan su estatus y condición en el conflicto, las armas que pueden emplear y los objetivos que son lícitos para atacar. En ocasiones, esos principios son algo vagos y de difícil definición, lo cual conlleva a veces a que surjan discrepancias. Todo ello es quizás parte de una realidad muy compleja: que estas normas pretenden regular una actividad que en esencia no respeta normas ni procedimientos: la guerra.

En nombre del terrorismo, que se pretende justificar como todo un nuevo fenómeno que requiere de un ordenamiento especial, se ha buscado en ocasiones ignorar o modificar algunas normas obligatorias. Aunque en varios de esos casos los Estados han justificado su accionar en normas de derecho internacional, las han interpretado de una forma equivocada y con ello han obrado según su voluntad. La sugerencia que aquí se plantea es que las normas vigentes actualmente son suficientes para abordar el problema del terrorismo, y que permitirle a los Estados sustraerse de las mismas y ejercer alguna discrecionalidad respecto de ellas es un riesgo que amenaza con desnaturalizar el espíritu mismo del artículo 2(4).

Es claro que las limitaciones a las cuales se enfrentan los Estados bajo la actual estructura del Consejo de Seguridad llevan a los mismos a tomar decisiones por fuera del mismo y a justificarlas posteriormente. Ello debería motivar una seria reflexión sobre el funcionamiento de ese órgano, y la posibilidad de revisarlo para permitir que se ajuste a las exigencias actuales y realmente permita tomar las decisiones que se necesitan frente a determinadas circunstancias.

Las situaciones que se han dado en la práctica plantean un interesante debate entre la legalidad y la legitimidad, poniendo de presente que en ocasiones es factible que un acto ilegal se considere legítimo y sea apoyado por la comunidad internacional.

Bibliografía

Antonio Cassese, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law,* EJIL 12 (5), 2001.

Caroline Case.

Carta de Naciones Unidas.

Christopher Greenwood, "Is There a Right of Humanitarian Intervention?", en *The World Today,* 1999, Vol. 49, No. 2.

__ "International Law and the NATO Intervention in Kosovo", en *The International and Comparative Law Quarterly,* 2000, Vol. 49, No. 4.

__ *The Concept of War in Modern International Law,* ICLQ, 36 (2), 1987.

__ "International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq", en *San Diego International Law Journal* 4, 2003.

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales (y otros documentos).*

Convenciones de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales.

Corte Internacional de Justicia, *Actividades militares y paramilitares en y contra el Gobierno de Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), noviembre 26 de 1984

__ *Caso Plataformas Petrolíferas* (República Islámica del Irán contra los Estados Unidos de América), 6 de noviembre del 2003.

__ *Opinión sobre la licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares,* 1996.

__ *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 2004.

Dino Kritsiotis, *The Legality of the 1993 US Missile Strike on Iraq and the Right of Self-Defence in International Law*, ICLQ, 45, 1996.

Ian Kosovo Browlie, *Crisis Inquiry: Memorandum on the International Law Aspects,* ICLQ 49, 2000.

Michael Byers, "Preemptive Self-defense: Hegemony, Equality and Strategies of Legal Change", en *Journal of Political Philosophy* 11, 2003.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas

__ Resolución 3314 (XXIX).

Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

__ Resolución 660 / 90 (Irak).

__ Resolución 661 / 90 (Irak).

__ Resolución 678 / 90 (Irak).

__ Resolución 687 / 91 (Irak).

__ Resolución 1164 / 98 (Irak).

__ Resolución 1441 / 02 (Irak).

__ Resolución 1483 / 2003 (Irak).

__ Resolución 1160/ 98 (Kosovo).

__ Resolución 1199 / 98 (Kosovo).

__ Resolución 1203/ 98 (Kosovo).

__ Resolución 1368/ 01 (Afganistán).

__ Resolución 1373/2001 (Afganistán).

__ Resolución 1378/2001 (Afganistán).

CAPÍTULO 9

Escudo y espada: Explorando el papel del derecho internacional en la construcción de la guerra

René Urueña

Introducción

Dos temas han tradicionalmente ocupado la atención del derecho internacional: el primero es el comercio, cuya regulación ha dado origen a una vasta red de normas, principios e instituciones que conforman una parte importante de lo que se entiende por la disciplina en la actualidad. El segundo es la guerra: la legalidad del uso de la fuerza armada es uno de los temas clásicos que han ocupado al derecho internacional desde sus más tempranos orígenes.

Este énfasis no es de extrañar. El comercio y la guerra son dos momentos de contacto internacional extremo; son, tal vez, los principales momentos "internacionales" de una comunidad organizada bajo la forma de Estado-nación. De una parte, la necesidad de suplir necesidades económicas que no pueden ser suplidas con la producción nacional lleva a que los Estados miren hacia afuera y se vean obligados a comerciar con otros. Esas relaciones comerciales, que ocurren fuera del ámbito de aplicación del derecho nacional, serán por tanto reguladas por el derecho internacional.

A su vez, esos mismos Estados querrán, a veces, tomar por la fuerza los recursos por los cuales no pueden o no quieren pagar. También querrán expandir su área de influencia política o querrán imponer una cierta forma de ver el mundo a otros, y esos otros querrán, por supuesto, impedir que se les quite lo que consideran suyo, o querrán resistir que se les imponga una visión del mundo que consideran ajena. En esas ocasiones se desatará un conflicto armado de carácter interestatal, el cual no puede ser regulado por el derecho nacional de uno ni otro de los Estados en conflicto. Por tal

motivo, el conflicto armado entre Estados está también sujeto a la regulación del derecho internacional.

Sin embargo, en la actualidad, la mayoría de las hostilidades armadas no toman la forma de conflictos interestatales, sino ocurren en el contexto de conflictos de carácter no internacional: esto es, enfrentamientos armados en los que no se oponen dos Estados, sino grupos armados dentro de un Estado en particular. El conflicto en Colombia es un ejemplo de este tipo de conflicto armado, como también lo fue el conflicto en Sri Lanka, entre otros[1]. A pesar de que estos eventos ocurren al interior de un Estado soberano, el derecho internacional también los regula, y debe interactuar con el derecho nacional del respectivo Estado.

Las anteriores hipótesis demarcan, en términos generales, las diferentes áreas de aplicación del derecho internacional a la guerra. De una parte, la legalidad de recurrir a la fuerza armada está determinada por un conjunto de normas conocidas como *ius ad bellum*. A su vez, la legalidad de las conductas al interior del conflicto armado (sea este de carácter internacional o no internacional) están reguladas por el denominado *ius in bello* (o derecho internacional humanitario). Las doctrinas básicas de cada uno de estos regímenes son exploradas en otro lugar del presente volumen[2].

Este capítulo complementa tal exposición, y propone reinterpretar algunas de las premisas de la visión tradicional de la relación entre guerra y derecho internacional. Específicamente, propone que la guerra es, en realidad, una institución jurídica. Así, cuestiona la visión tradicional del derecho de la guerra según la cual ésta es un fenómeno prejurídico, el cual es después regulado por el sistema legal. Este texto sugiere que lo contrario es cierto: mientras que la violencia es, por supuesto, una realidad que existe al margen del derecho, la guerra es una creación jurídica, y tiene sentido solamente en el marco del derecho. Por lo tanto, es incorrecto pensar que en la guerra no hay posibilidad de derecho.

El argumento es presentado en tres partes: la primera parte presenta la visión tradicional de la relación entre derecho internacional y guerra. Esta visión es explorada a través del axioma de la separación estricta entre *ius ad bellum* y *ius in bello,* cuyos orígenes son rastreados hasta la obra de Alberico Gentili y de Hugo Grocio. La segunda parte cuestiona el consenso actual y

1 Para una introducción al conflicto en Sri Lanka véase: M.R. Narayan Swamy, *The Tiger Vanquished: LTTE's Story,* Nueva Delhi, SAGE Publications, 2010, pp. XVII-XXXII. Una narrativa fascinante desde la ficción es la de Fernando Lal Keerthie, *Waves of Tears: A Sri Lankan Tragedy,* Colombo, Richmond Publishers, 2010.

2 Véase: Nicolas Letts, "El uso de la fuerza en derecho internacional", en este volumen.

explica el proceso de constitución jurídica de la guerra. La tercera sección explora las consecuencias de tal proceso, desde dos perspectiva diferentes: la del *ius ad bellum,* a través del caso de la llamada "guerra contra el terrorismo", y la del *ius in bellum,* mediante el conflicto armado en Colombia. El último acápite concluye.

La guerra como hecho extrajurídico: la separación *ius ad bellum/ius in bello*

La visión tradicional de la relación entre derecho internacional y guerra está basada en la premisa de que esta última es un hecho extrajurídico; esto es, que la guerra existe al margen del derecho. Esta idea es elaborada y transmitida a través de uno de los axiomas centrales del derecho internacional aplicable a los conflictos armados: la división estricta entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*. Esta división constituye una de las estructuras básicas del derecho de la guerra contemporáneo, y es a su vez uno de los vehículos centrales para perpetuar la idea que la guerra no es, en realidad, una construcción jurídica.

Ahora bien, ¿en qué consiste esta idea de la división estricta? Pues bien, según la teoría tradicional, la discusión en el *ius ad bellum* nos ayudará a determinar si un conflicto armado se ajusta o no al derecho[3]. Esta determinación dependerá del carácter internacional o no internacional del conflicto. En el caso de los conflictos internacionales, el análisis de *ius ad bellum* estará íntimamente ligado a la prohibición del uso de la fuerza contenida en el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas; por ejemplo, si queremos saber si la acción armada de Estados Unidos en contra de Irak en el 2003 fue legal, debemos analizar si la misma fue tomada en violación de las normas aplicables a la legítima defensa[4], o si siguió los lineamientos del sistema colectivo de seguridad establecido por el Capítulo VII del mismo instrumento[5]. Por su parte, en el caso de conflictos de carácter no internacional, el criterio para determinar la legalidad del uso de la fuerza será el derecho nacional del Estado donde ocurre el conflicto[6]; por ejemplo,

3 Véase: Christine D. Gray, *International Law and the Use of Force*, tercera edición, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 1-29.

4 Véase: *ibídem,* pp. 114-164. También: Yoram Dinstein, *War, Aggression, and Self-defence,* Nueva York, Cambridge University Press, 2012.

5 Véase: *ibídem,* pp. 167-192. También: Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council,* Oxford, Hart, 2004.

6 François Bugnion, "*Jus Ad Bellum, Jus in Bello* and Non-international Armed Conflicts",

en el caso colombiano, la legalidad de la acción armada de las FARC será determinada por la Constitución colombiana, su Código Penal, etc.

Así, según el derecho internacional tradicional, la pregunta de si una acción armada es legal o no debe ser vista como fundamentalmente separada del análisis correspondiente al *ius in bello*, esto es, al análisis respecto a la legalidad de las conductas de los combatientes *al interior* del conflicto (reglas cubiertas en términos generales por el rótulo de derecho internacional humanitario). Esta separación analítica es un axioma en el estudio del derecho de la guerra después de la Segunda Guerra Mundial[7]: la legalidad o ilegalidad de una guerra bajo *ius ad bellum* no deberá afectar las obligaciones de los participantes en ella bajo *ius in bello*. En otras palabras, al margen de que una guerra sea legal o ilegal, en todo caso los combatientes estarán sujetos a las normas del derecho internacional humanitario[8].

¿Por qué se acepta ese estándar? ¿Cuáles son los motivos detrás de esta estricta división? Hay dos líneas básicas de argumento: una moral, otra de carácter más pragmático[9]. Según el argumento moral, la división se justifica porque los combatientes de cada lado son moralmente equivalentes: aún si la guerra de un lado es ilícita, el soldado que la lucha no puede ser moralmente reprochado por la ilicitud de la guerra como un todo, sino por sus conductas específicas al interior de ese conflicto. Por lo tanto, es moralmente necesario que esos dos juicios (el juicio moral de la licitud de la guerra, y el juicio moral de la conducta al interior de la guerra) se mantengan separados[10].

Por su parte, el argumento pragmático sostiene que es imposible saber de manera objetiva si una guerra es justa o no: por supuesto, cada parte del conflicto considerará que su guerra es justa y que la de sus enemigos es injusta. La versión jurídica de este argumento pragmático es que cada una de las partes considerarán su propia guerra lícita, y la de sus enemigos ilícita. En consecuencia, no deberíamos permitir que las reglas dentro del conflicto dependan de la licitud o ilicitud de la guerra como un todo, porque

---

en *Yearbook of International Humanitarian Law,* No. 6 (2003): 167-198, pp. 170-171.

7 Véase, por ejemplo, Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States,* Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 406-408.

8 Véase: Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, segunda edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 4-5.

9 Véase: Joseph H.H. Weiler y Abby Deshman, "Far Be It from Thee to Slay the Righteous with the Wicked: An Historical and Historiographical Sketch of the Bellicose Debate Concerning the Distinction Between *Jus Ad Bellum* and *Jus in Bello*", en *European Journal of International Law* 24, No. 1 (2013): 25-61, pp. 27-30.

10 Véase: Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, cuarta edición, Nueva York, BasicBooks, 2006, pp. 25-37.

la determinación objetiva de esa licitud es imposible: cada cual defenderá la licitud de su guerra, y por lo tanto dirá que son sus combatientes los que merecen un tratamiento preferencial según el *ius in bello*. Esto generará, en la práctica, que todas las partes del conflicto usen este argumento, lo cual terminará en la inaplicación masiva del derecho internacional humanitario.

Una versión clásica de este argumento fue presentada por Lauterpacht en los años cincuenta, con ocasión de las operaciones militares autorizadas por la ONU en Corea. En ese momento, la posibilidad de que las Naciones Unidas autorizaran el uso de la fuerza era novedosa, y algunos comentaristas argumentaron que, en la medida en que la acción armada autorizada por la ONU era lícita por definición, la misma debería sujetarse a unas reglas *in bello* especiales (más permisivas) que reflejaran este hecho. Por ejemplo, el problema de las reparaciones con ocasión de la guerra: el combatiente injusto debe reparar todos los daños causados con ocasión del conflicto armado, mientras que el combatiente justo debería reparar solamente los daños causados por sus violaciones al derecho de la guerra[11]. Lauterpacht negó ese argumento sobre una premisa pragmática: si sentamos ese precedente, aún en el caso de las misiones autorizadas por la ONU, nada nos salvará de que otros lo invoquen para exigir un trato "especial" para sus propias fuerzas, resultando en la eliminación de los límites *in bello*[12].

Actualmente, el defensor más notorio de esta línea pragmática es el Comité Internacional de la Cruz Roja, para quien la neutralidad exige que, al margen de lo que las partes opinen sobre la legalidad de su causa armada, todos deben aplicar el DIH. Para la Cruz Roja:

> […] en el caso de los conflictos armados internacionales, suele ser difícil determinar qué Estado es culpable de haber infringido la Carta de las Naciones Unidas. La aplicación del derecho humanitario no implica la denuncia de partes culpables, pues ello podría suscitar controversias y paralizar la aplicación del derecho, ya que cada parte adversaria alegaría ser víctima de agresión. Además, la finalidad del DIH es proteger a las víctimas de la guerra y sus derechos fundamentales, más allá de la parte a la que pertenezcan. Por ello, el *jus in bello* debe ser independiente del *jus ad bellum* o del *jus contra bellum*[13].

11 Véase, por ejemplo, Quincy Wright, "The Outlawry of War and the Law of War", en *American Journal of International Law* 47, No. 3 (1953): 365-376, pp. 373-375.

12 Hersch Lauterpacht, "The Limits of the Operation of the Law of War", en *British Year Book of International Law* 30 (1953): 206-243, pp. 239.

13 CICR, *Jus ad bello* y *ius in bellum*. En: http://www.icrc.org/spa/war-and-law/ihl-other-legal-regmies/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm

Estas dos líneas de argumentos confluyen en defender la tesis de la separación estricta, la cual cumple numerosas funciones en la regulación de la fuerza armada, y se ha visto abocada a algunas críticas[14]. Su importancia para este capítulo, sin embargo, radica en que esta división presume que la guerra es un fenómeno extrajurídico. En efecto, quienes defienden la idea de la división estricta (como Lauterpach, Walzer o la Cruz Roja) adoptan la posición del que está dentro del conflicto (el combatiente o la víctima de la guerra) y argumentan que, desde ese punto de vista interno, la licitud o ilicitud de la guerra no debe ser considerada, o bien porque es inconveniente hacerlo (que sería la razón del pragmatista) o bien porque es inmoral hacerlo. La consecuencia de este giro es que la guerra como un todo es vista como un hecho de la naturaleza, respecto al cual el derecho tiene poco que decir. Para los que defienden la división estricta, el papel importante del derecho es la regulación de las conductas *dentro* de la guerra. Por supuesto, son conscientes de que existe el *ius ad bellum;* sin embargo, desde esta perspectiva interna, este derecho parecería ser menos importante: aunque sabemos que la legalidad de la guerra puede ser cuestionada de acuerdo con el derecho nacional (en el caso del conflicto armado interno) o el derecho internacional (en el caso del conflicto de carácter internacional) desde adentro, la guerra es un hecho, tan fáctico y trágico como un terremoto o una tormenta. Según esta visión, las razones de la guerra son un hecho dado, que no es relevante para la aplicación del derecho internacional humanitario. Desde esta perspectiva, el derecho no constituye la guerra, sólo la regula.

Ahora bien, la idea de la división entre *ius ad bellum* y *ius in bello* es una doctrina central en el derecho internacional, lo cual ha permitido que su idea sobre la guerra como un hecho extrajurídico termine permeando la totalidad del sistema jurídico internacional. Si se quiere, la importancia suprema de la doctrina de la separación ha hecho que sus premisas (entre ellas, la idea de la guerra como un fenómeno de la naturaleza) se conviertan en verdades que pasan sin ser cuestionadas. Este capítulo se aleja de esta aproximación y sugiere exactamente lo contrario: la guerra no es un fenómeno de la naturaleza, jurídicamente neutro; por el contrario, *sí es una construcción jurídica.*

Para desarrollar este argumento, a continuación se exploran los orígenes del consenso actual contando, por medio de la obra de Alberico Gentili y de Hugo Grocio, la historia desde los dos modos argumentativos que

14 Para un buen resumen véase: Weiler y Deshman, "Far Be It from Thee to Slay the Righteous with the Wicked".

han dominado el debate. La idea de que la guerra está de alguna forma más allá del derecho puede ser rastreada al primero de ellos, mientras que el segundo defendía una conexión íntima entre las razones subyacentes del combate y el derecho aplicable a las conductas de los combatientes. Como resultará claro, la posición de Grocio fue finalmente abandonada y una versión positivizada de la visión de Gentili terminó formulando el consenso actual que transmite, como hemos visto, la idea de que la guerra es una realidad extrajurídica.

A partir de tal punto, las siguientes dos secciones del capítulo explican por qué esta visión es equivocada, e ilustra el argumento mediante ejemplos del conflicto armado en Colombia, y la llamada guerra global contra el terrorismo. Antes de eso, sin embargo, retomemos las líneas centrales del debate, mediante Gentili y Grocio.

Derecho de la guerra y derecho en la guerra: Gentili y Grocio

Como se ha sugerido, el origen de la estricta división se encuentra en los más tempranos debates del derecho internacional y de la teoría de la guerra justa. Francisco de Vitoria (1483-1546) fue el primero en distinguir entre un *ius in bello* por oposición a un *ius ad bellum*[15]. Para Vitoria, a pesar de que una guerra no podía ser al mismo tiempo justa e injusta ante los ojos de Dios (*ius ad bellum*), sí era posible que cada uno de los actores del conflicto creyera (de buena fe, por ignorancia de la voluntad de Dios) que su guerra era justa. Sin embargo, para Vitoria, aún si la guerra fuera justa, el beligerante aún no podría matar inocentes (*ius in bello*)[16].

La visión de Vitoria estaba basada fundamentalmente en una visión teológica de la guerra. Esta aproximación es transformada por Alberico

15 James Turner Johnson, *Just War Tradition and the Restraint of War: A Moral and Historical Inquiry,* Princeton, Princeton University Press, 1981, p. 175. Los términos *"ius ad bellum"* y *"ius in bello"* se usan aquí en relación con Vitoria para mantener la claridad de la exposición, como rótulos útiles para describir las ideas respectivas; sin embargo, ni Vitoria, ni posteriormente Grocio o Gentili, los usaron en su sentido contemporáneo. De hecho, según Kolb, es extremadamente raro encontrar estos términos en documento alguno antes de 1930. Véase: Robert Kolb, "Sur L'origine Du Couple Terminologique Ius Ad Bellum/ius in Bello", en *International Review of the Red Cross* 79, No. 827 (1997): 593-602.

16 Francisco de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teologicas*, Teófilo Urdánoz (ed.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, p. 840. Sobre los límites al beligerante justo en Vitoria, véase también: Richard Tuck, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant,* Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 73-74.

Gentili (1552-1608), quien atacó la idea subyacente de la escolástica, representada por Vitoria, y fue el responsable de liberar, como dijera Arthur Nussbaum, "al derecho internacional del yugo de la teología"[17].

Gentili fue un italiano de San Gineso (Ancona), quien tuvo que huir de Italia en razón de su protestantismo, para después radicarse en Liubliana (Eslovenia), Tubinga, Heidelberg (Alemania) y, finalmente, en la Universidad de Oxford, como profesor de Derecho Civil[18], donde probablemente fue profesor de Thomas Hobbes, en 1603 o 1604[19]. Como muchos doctrinantes de la prehistoria del derecho internacional[20], Gentili enmarcó su discusión como un estudio de los textos clásicos romanos; una técnica que fue también usada por Hugo Grocio (1583-1645)[21]. Sin embargo, esta técnica no debe distraernos del hecho que el principal interés de estos doctrinantes no era la historia romana en sí misma, sino debates políticos y económicos contemporáneos a su tiempo. Para Grocio, la discusión importante era la libertad de los navegantes y comerciante neerlandeses para comerciar sin las restricciones de españoles, ingleses y portugueses[22]. Gentili, por su parte,

17 Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations,* Nueva York, MacMillan, 1962, p. 79. En el mismo sentido, Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States,* Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 11.

18 Un excelente trabajo sobre la fascinante vida de Gentili es el de Diego Panizza, *Alberico Gentili, Giurista Ideologo nell'Inghilterra Elisabettiana,* Padova, L'autore, 1981.

19 *Ibídem,* p. 157. Véase también: Anthony Carty, *Philosophy of International Law,* Edinburgh, Edinburgh University Press, 2007, p. 137.

20 La expresión "prehistoria" hace referencia al grupo de autores que antes del siglo XVII tocaron temas que después serían identificados con el derecho internacional. Véase: Martti Koskenniemi, "International Law and Raison D'état: Rethinking the Prehistory of International Law", en Benedict Kingsbury y Benjamin Straumann (eds.), *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 297-339.

21 Véase, por ejemplo, Laurens Winkel, "Les Origines Antiques de l'Appetitus Societatis de Grotius", en *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review,* No. 68 (2000): 393. Benjamin Straumann, "Ancient Caesarian Lawyers in a State of Nature: Roman Tradition and Natural Rights in Hugo Grotius's' De Iure Praedae", en *Political Theory* 34, No. 3 (2006): 328-350. También: David J. Bederman, "Reception of the Classical Tradition in International Law: Grotius'—De Jure Belli Ac Pacis", en *Emory International Law Review,* No. 10 (1996): 1.

22 De hecho, *De Indis,* la primera gran obra de Grocio, fue originalmente concebida, en 1602, como una justificación de la captura por Jakob van Heemskerk (quien era primo de Grocio) del Santa Catarina, un buque portugués con enormes riquezas. *De Indis* sólo fue publicada en el siglo XIX bajo el título *De iure praedae*, cuando el manuscrito fue encontrado en los archivos de la familia De Groot, en 1864. Sin embargo, el Capítulo XII de *De Indis* fue publicado, en 1608, por expresa solicitud de la Compañía Neerlandesa de la Indias Orientales, como el famosísimo texto *Mare Liberum*, que argumenta que el acceso al mar debía ser libre, y no podía ser apropiado como el territorio terrestre —tesis sostenida por los portugueses y los ingleses en la época bajo la idea de *Mare Clausum*—. Véase: Tuck, *op.cit.,* pp. 78-89.

escribía en un momento de guerra entre los ingleses (sus benefactores) y el Imperio Español, que a su vez se expandía rápidamente en el Nuevo Mundo: el Imperio Romano al que Gentili hace referencia es ciertamente el imperio histórico, pero es también una imagen de los imperios que existían al momento de escribir el texto[23].

Siguiendo esta tradición, Gentili estructura su análisis de la guerra en *De Armis Romanis* bajo el estilo del humanismo clásico, como dos libros independientes que transcriben dos disertaciones contradictorias: una cuestionando la justicia de la expansión del Imperio Romano, el segundo libro defendiéndola[24]. En el texto nunca es verdaderamente claro cuál es la posición del autor; sin embargo, sí es posible ver cómo tanto el Acusador del Imperio del libro primero como el Defensor del libro segundo construyen su argumento sobre la premisa de que la guerra preventiva es legítima. Para Gentili, el miedo es una motivación legítima de la acción armada, por tal motivo, la acción preventiva motivada por el miedo es también justificada[25]. Así, cada parte en el conflicto definirá la justicia de la guerra desde su posición subjetiva de miedo: no hay una posición objetiva como la propuesta por Vitoria. Según Gentili, la guerra no es justa sólo en apariencia para cada una de las partes, como lo era para Vitora: para Gentili, no es posible saber con certeza si la guerra es justa o no. Por el contrario, la guerra es un duelo entre iguales[26], cada uno de los cuales tiene un argumento plausible respecto a la justicia de su causa. Así, la pregunta no es si la guerra es o no justa *ex ante* —en realidad, la guerra es un proceso de "justicia bilateral": lo que es justo es decidido mediante la guerra misma[27].

Como puede verse, Gentili es ajeno a la tradición de la guerra justa y, en esta medida, resulta imposible que, desde su perspectiva, la conducta de los combatientes al interior del conflicto estuviera sujeta a la justicia de la

23 Véase: Kaius Tuori, "Alberico Gentili and the Criticism of Expansion in the Roman Empire: The Invader's Remorse", en *Journal of the History of International Law,* No. 11 (2009): 205, pp. 216-218.

24 La más reciente traducción es Alberico Gentili, *The Wars of the Romans: A Critical Edition and Translation of De Armis Romanis*, Benjamin Straumann y Benedict Kingsbury (eds.), David A. Lupher (trad.), Oxford, Oxford University Press, 2011.

25 *Ibídem,* p. 66. Sobre la posibilidad de la guerra preventiva en Gentili véase: Pärtel Piirimäe, "Alberico Gentili's Doctrine of Defensive War and Its Impact on Seventeenth-Century Normative Views", en Benedict Kingsbury y Benjamin Straumann (eds.), *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 187-209. También: Tuck, *op. cit.,* pp. 18-25.

26 Gentili, *op. cit*., p. 12.

27 Véase: Diego Panizza, "Political Theory and Jurisprudence in Gentili's De Iure Belli: The Great Debate Between 'Theological' and 'Humanist' Perspectives from Vitoria to Grotius", en *IILJ Working Papers*, 2005, p. 15.

guerra como un todo. Sin embargo, Gentili no consideraba que los combatientes tuviesen la facultad de actuar sin límite alguno durante el conflicto: por ejemplo, en *De Armis Romanis* se previene a los príncipes victoriosos que sus fuerzas ocupantes no deberán violar a las mujeres del enemigo vencido[28]. De manera importante, esta prohibición no proviene de la injusticia *ex ante* de su causa, pues tal argumento no es hecho por Gentili; así, si son vencedores, podemos concluir que su causa es justa en virtud del sistema de "justicia bilateral" explicado anteriormente. Por el contrario, la prohibición deriva del hecho que, al margen de la justicia o injusticia de la guerra, los combatientes "deberán dar cuenta a los soberanos que desean observar las causas honorables de la guerra y desean mantener el derecho común de las naciones y de la naturaleza"[29]. Así, el autor propone una separación radical entre lo que sería posteriormente llamado como *ius ad bellum* y el *ius in bello*, y lo hace en dos pasos: primero, niega la posibilidad misma de un *ius ad bellum,* pues cada una de las partes tiene una argumento plausible para defender la justicia de su guerra; y segundo, argumenta ciertos límites de conducta al interior del combate, enfatizando estándares similares a aquellos cubiertos actualmente por el derecho internacional humanitario[30].

Para Gentili es posible separar la justicia de la guerra (que era una pregunta en esencia irrelevante desde su perspectiva) de la justicia de la conducta al interior de la guerra (que era para él una pregunta importante). Este segundo punto es retomado por Hugo Grocio[31], con importantes variaciones. De una parte, Grocio se aleja de Gentili y se acerca a Vitoria al sumergirse de lleno en la teoría de la guerra justa, al afirmar que la guerra no puede en realidad ser justa e injusta el mismo tiempo —aún si las partes de un conflicto consideran por error que su causa es justa, será posible determinar de manera objetiva su justicia—[32]. Sin embargo, Grocio elabora en el argumento de Gentili respecto a los límites del comportamiento de

28 Gentili, *op. cit.*, p. 257.

29 *Ibídem.*

30 Véase: Theodor Meron, "Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez", en *American Journal of International Law* 85, No. 1 (1991): 110-116. En similar sentido: G.I.A.D. Draper, "Grotius' Place in the Development of Legal Ideas About War", en Hedley Bull, Benedict Kingsbury y Adam Roberts (eds.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1990, 177-208, p. 190.

31 De hecho, una sección entera del Capítulo XII de *De Indis* (o como fue conocida posteriormente, *De iure praedae)*, el cual sería publicado como *Mare Liberum,* fue tomada de la obra de Gentili *De Iure Bellis.* Véase: William Stanley Macbean Knight, *The Life and Works of Hugo Grotius,* Londres, Sweet & Maxwell, 1925, p. 24.

32 Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis (The Rights of War and Peace)*, Richard Tuck (ed.), Indianapolis, Liberty Fund, 2005, pp. 1130-1131.

los combatientes al interior del conflicto. Específicamente, y en esto Grocio está más cerca de Gentili que de Vitoria, el autor neerlandés consideraba que los límites no eran de carácter teológico, sino que derivaban del derecho natural y debía ser aplicable a todos los combatientes[33]. Así, al igual que Gentili, Grocio argumentó que las mujeres no eran un objetivo militar legítimo, y añadió a éstas los niños, los ancianos, los mercaderes y el clero[34].

Sin embargo, a diferencia de Gentili, para Grocio los límites a las conductas de los combatientes al interior de la batalla sí estaban relacionados con la justicia o injusticia de la guerra como un todo. Para Grocio, la guerra no es un hecho al que se le aplique un grupo de normas que son independientes de la causa subyacente del conflicto; por el contrario, el autor consideraba que los actores del conflicto no eran iguales, razón por la cual sus obligaciones al interior del combate dependían de la causa que alegaban para la guerra. Aquel que lleva a cabo una guerra injusta no es, desde esta perspectiva, un combatiente equivalente a aquel que tiene causa justa: aquel que es injusto es un criminal, que puede ser ejecutado[35].

Por supuesto, a pesar de descreer de la división entre un *ius in bello* de un *ius ad bellum*, Grocio aún creía que los combatientes debían ser moderados en la guerra y temperar su carácter en la batalla: ésta es la idea de *temperamenta belli*[36], que constituye, sin lugar a dudas, una de las más importantes contribuciones de Grocio al derecho internacional. Sin embargo, esta idea aplicaba como un deber moral del combatiente y no como un verdadero límite externo a su voluntad (como sí lo era la prohibición de la guerra injusta); esto es, temperar el carácter en el campo de batalla era algo deseable pero no estrictamente obligatorio[37]. Para Grocio, el derecho de las naciones, como existía en su momento, era en general permisivo respecto a la conducta de los combatientes[38], convirtiendo así este punto en uno de los puntos más controvertidos de la denominada "tradición grociana del derecho internacional"[39].

33 *Ibídem,* pp. 1420-1421.

34 *Ibídem,* pp. 1439-1451.

35 Sobre esta interpretación de Grocio véase: Peter Haggenmacher, *Grotius et La Doctrine de La Guerre Juste*, primera edición, París, Presses Universitaires de France, 1983, pp. 457, 547 y 568. Tambien: Peter Haggenmacher, "Mutations Du Concept de 'Guerre Juste' de Grotius à Kant", en *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen,* No. 10 (1986): 107-125, pp. 110-113.

36 Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis (The Rights of War and Peace)*, capítulos XI a XVI.

37 Nussbaum, *op. cit.,* pp. 106 y 107.

38 Draper, *op. cit.*, p. 198.

39 Para una discusión de la forma en que el argumento de *temperamenta belli* termina minando el argumento humanitario general de *De Jure Belli Ac Paci,* especulando también

Hacia el consenso contemporáneo

Gentili y Grocio establecieron los modos argumentativos básicos de división entre *ius ad bellum* y *ius in bello*. Sin embargo, mientras que la posición de Gentili se impuso en una nueva presentación, la posición grociana fue en este punto abandonada. En efecto, a mediados del siglo XIX, con las observaciones de Henri Dunant sobre la Batalla de Solferino, la redacción del Código Lieber en 1863, el establecimiento del Comité Internacional de la Cruz Roja y la redacción de la primera Convención de Ginebra, estas dos últimas en 1864, la idea de la guerra cambió fundamentalmente. De la discusión de guerra justa o injusta propia de Grocio se pasó a una idea de guerra "extrajurídica"; esto es, de la guerra como un fenómeno de la naturaleza: ni bueno ni malo, sino más bien una triste realidad humana, más similar a un desastre natural que a una circunstancia política.

Ahora bien: es cierto que bajo las Convenciones de Ginebra de 1907 se desarrollaron ciertas reglas de *ius ad bellum* que limitaban el uso de la fuerza; por ejemplo, el artículo 1 de la III Convención establecía que el inicio de las hostilidades debía comenzar previo aviso (por lo tanto, haciendo ilegal la guerra si no se cumplía este requisito), así como el artículo 5 de la I Convención disponía que la guerra no podría iniciarse para recuperar deudas monetarias (haciendo así ilícita la guerra con fines puramente comerciales). Sin embargo, reglas de este tipo no eran vistas como precondición de la aplicación de la normatividad *in bello* de las Convenciones, que constituían el eje central de las mismas[40]. La importante era la guerra como hecho, y no como creación jurídica.

Así, en 1936, Arnold D. MacNair en un escrito se preguntaba qué habría aprendido un estudiante de derecho internacional sobre la regulación de la guerra a principios del siglo XX, y respondió que si bien era cierto que la discusión sobre la guerra justa había sido un problema central en los

---

sobre las razones detrás de este extraño giro en Grocio, véase: Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", en *British Year Book of International Law,* No. 23 (1946): 1-53, pp. 13-18. Nótese la interesante coherencia del argumento de Lauterpacht sobre Grocio, y su discusión (vista anteriormente) respecto a las fuerzas en Corea durante los años cincuenta*:* para Lauterpacht, el giro de argumentar que los límites al interior del conflicto no son verdaderamente jurídicos sino simplemente morales (*temperamenta belli)* son una contradicción en Grocio, que mina el carácter humanitario del argumento general de este último. De igual forma, Lauterpacht sostiene que el giro de argumentar que las fuerzas en Corea tuvieran la posibilidad de disfrutar de un *ius in bello más flexible, por contar con un argumento incuestionable de legalidad ad bellum,* son una contradicción en términos que terminan minando el carácter humanitario de la misión. Frente a la ONU y frente a Grocio, Lauterpacht mantiene la coherencia de su argumento humanitario.

40 Weiler y Deshman, *op cit.*, p. 30.

momentos más tempranos de la disciplina (por ejemplo, entre Grocio y sus antecesores), este problema nunca entró a formar parte del derecho internacional positivo. Dice MacNair: "[…] la guerra en sí misma no era ilegal. Su surgimiento podría en ocasiones involucrar el incumplimiento de un tratado o algún otro hecho ilícito internacional, pero más frecuentemente ocurría en circunstancias que no recaían en la esfera regulada por el derecho. La guerra era extralegal más que ilegal. Al margen de que iniciar una guerra fuera o no una violación del derecho, una vez la misma se veía desencadenada, las reglas eran las mismas para ambas, o todas, las partes del conflicto"[41].

El corolario lógico de esta aproximación fue que el *ius in bello* no podía depender de la legalidad de la guerra: si el derecho internacional consideraba la guerra como una desafortunada realidad "extrajurídica", entonces la regulación de los combatientes al interior de esa realidad no podía depender de la legalidad de la misma. Es por tal motivo que, como vimos, las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 no hacen referencia a la legalidad de la guerra como condición para la aplicación de las normas de *ius in bello* allí contenidas. Gentili habría aprobado esta aproximación.

Con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, en 1945, el escenario cambió. La Carta prohíbe en su artículo 2(4) "recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado", y establece dos excepciones a tal prohibición: las acciones armadas aprobadas por el Consejo de Seguridad (artículo 42) y la legítima defensa (artículo 51). La adopción de tal esquema significó un cambio en la tradición generalmente aceptada hasta ese momento: separándose de la idea de la guerra como un fenómeno extrajurídico, la Carta reintrodujo la noción de la guerra como un evento que podía ser visto como internacionalmente lícito o ilícito[42].

Sin embargo, este giro simplemente implicó una reformulación de la visión de Gentili. Si bien reconoció que las causas subyacentes de la guerra podían ser juzgadas desde el derecho internacional, confirmó el argumento de Gentili que ese juicio no debía afectar la aplicación del *ius in bello.* Por el contrario, para efectos de la aplicación del derecho internacional humanitario, la legalidad o ilegalidad de la guerra era completamente irrelevante. El cambio no implicó un regreso a la idea grociana de fusionar el *ius ad bellum* y el *ius in bello*. Con la adopción de la Carta en 1945, todo cambió para que

41 Arnold D. McNair, "Collective Security", en *British Year Book of International Law,* No. 17 (1936): 150-164, pp. 150-152.

42 Véase: Bruno Simma, *et al*., *The Charter of the United Nations: A Commentary*, segunda edición, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 114.

todo siguiera igual: aún abriendo la posibilidad de juzgar la legalidad bajo el *ius ad bellum,* tal juicio es un hecho extrajurídico desde la perspectiva del *ius in bello*.

El temprano argumento de Gentili y Grocio nos permite entender la lógica de la separación en derecho contemporáneo: como hemos visto, en una guerra, cada una de las partes creerá (o al menos afirmará creer) que su causa es justa y que por lo tanto su guerra también lo es. Si aceptáramos que la regulación de conductas al interior de la guerra (*ius in bello*) fuera dependiente de la legalidad de la guerra como un todo (*ius ad bellum*), necesitaríamos un centro de decisión objetiva y neutral sobre la legalidad de la guerra (en términos de Vitoria, necesitaríamos "los ojos de Dios"), para así establecer entonces qué reglas al interior del campo de batalla aplicarían al combatiente justo y qué reglas al combatiente injusto.

Sin embargo, este centro de decisión no existe: a pesar que las normas de uso de la fuerza son continuamente aplicadas por cortes internacionales, no resultaría funcional esperar a que un tribunal internacional se manifestara sobre la legalidad bajo *ius ad bellum* de una acción armada para saber las reglas de *ius in bellum* que aplicarían. Adicionalmente, es poco plausible que los Estados soberanos le den jurisdicción a una corte o a una organización internacional para determinar la legalidad del ejercicio de un derecho como la legítima defensa que, según la Carta de las Naciones Unidas, tiene carácter inherente.

No tenemos en la práctica la posibilidad de establecer de manera objetiva y confiable, durante el conflicto y de manera generalmente aceptada, si una guerra es legal o ilegal bajo *ius ad bellum*. Por lo tanto, en la práctica, tendremos solamente la opinión de las partes del conflicto sobre la legalidad de su guerra. En tal marco, atar la regulación de las conductas al interior de la batalla a la legalidad o ilegalidad de la guerra como un todo será equivalente a atar tal regulación a la opinión de las partes del conflicto, lo que llevará a permitir que cada una de las partes decida qué normas deberán seguir sus combatientes. Fusionar *ius ad bellum* con el derecho internacional humanitario significaría, en últimas, volver este último completamente discrecional, porque la legalidad de la guerra va a ser defendida por cada una de las partes, y no tenemos en la práctica una forma confiable y rápida de contradecir tal afirmación. Éste es el argumento pragmático del que hablábamos anteriormente, que confirma la perspectiva interna según la cual la guerra como un todo es una realidad extrajurídica, y debemos concentrarnos en la regulación de las conductas de los combatientes al interior de la misma.

En tal marco, se entiende por qué, aún después de la adopción de la Carta en 1945, los artículos 1 y 2 comunes de las Convenciones de Ginebra

de 1949 dispusieron que los mismos aplicarían en "todas las circunstancias" —lo que permite concluir que la pregunta de guerra lícita o ilícita no afectaría su aplicación—. Esta división estricta es sorprendente: unos pocos años después de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, se establecía que la legalidad o ilegalidad de la guerra era irrelevante desde la perspectiva del derecho internacional humanitario. En su momento, el delegado de Dinamarca fue una de las pocas voces que cuestionaron esta separación, y su posición fue derrotada[43]. La idea dominante continuó siendo la separación defendida por Gentili, y no la fusión de Grocio.

¿Por qué el sorprendente éxito de esta separación estricta, aún en un mundo que ya contaba con una norma jurídica clara sobre legalidad *ad bellum*? La respuesta une dos intereses que normalmente se pensarían como independientes: el humanitarismo del Comité Internacional de la Cruz Roja, de una parte, y el colonialismo, de la otra. En efecto, para las potencias coloniales del momento (en especial, el Reino Unido), la idea de que las reglas *in bello* estuvieran relacionadas con la legalidad del conflicto como un todo sólo podía significar una cosa: los movimientos armados independentistas denunciarían la ocupación colonial por parte de los británicos como una guerra ilegal (el Reino Unido sería el agresor de un pueblo inerme) y, por lo tanto, exigirían que el derecho *in bello* aplicable les fuera más favorable. El Reino Unido como metrópoli resistiría ese cambio. Y, por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja adoptó la visión pragmática: para el Comité es mejor que todas las guerras sean vistas como injustas, para así no tener que entrar a dar la discusión sobre la licitud en los actos de uno de los lados en combate, lo cual le limitaría al Comité el acceso y su atención humanitaria a *todas* las víctimas (no sólo a las víctimas del combatiente injusto). Así, los humanitarios y los poderes coloniales terminaron defendiendo la misma idea: la guerra es algo que llega, muy a pesar de sus víctimas, no se construye por el derecho.

La lógica colonial de la separación encuentra su más clara expresión en la negociación de los protocolos a las Convenciones de Ginebra, durante los años setenta: en su momento, la República Democrática de Vietnam (RDV, el Estado comunista que entró en conflicto con los Estados Unidos) cuestionó la doctrina de la separación que dominaba las discusiones del Protocolo[44]: para ellos era moralmente injusto que las víctimas de un crimen de guerra (esto es, los combatientes vietnamitas que se defendían

43 Weiler y Deshman, *op. cit.,* p. 33.

44 Véase: David P. Forsythe, "The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations", en *American Journal of International Law* 69, No. 1 (1975): 77-91, p. 77.

de la agresión de los Estados Unidos sobre Vietnam) fueran tratadas como si fueran moralmente equivalentes a sus victimarios (los soldados de los Estados Unidos). Lo justo, según Vietnam, era tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Así mismo, el *ius in bello* creado por los poderes coloniales era un reflejo de sus intereses políticos, y su regulación terminaba beneficiando las técnicas de guerra que usan esos poderes, limitando desproporcionadamente las técnicas de guerra de guerrilla propias de los combatientes menos fuertes[45]. Por lo tanto, la tesis de la separación sería una simple fachada para justificar normas diseñadas por los poderes coloniales para beneficiar a sus ejércitos.

La propuesta de la RDV fue derrotada, y la separación fue confirmada por el Protocolo I, adoptado en 1977, cuyo Preámbulo establece con claridad que las normas allí contenidas "deben aplicarse plenamente en toda circunstancia a todas las personas protegidas por esos instrumentos, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas invocadas por las partes en conflicto o atribuidas a ellas"[46]. Sin embargo, el argumento de Vietnam (y el de Dinamarca, con anterioridad) nos enseña que la idea tradicional de que la guerra es algo terrible, pero políticamente neutro, ha sido cuestionada: desde la perspectiva de los combatientes la guerra no es neutra; ellos y las otras víctimas del conflicto sienten que el derecho internacional juega un papel en la forma y estructura de la guerra. A pesar de lo que dice la Cruz Roja, y a pesar de que, en derecho internacional contemporáneo, la división entre *ius in bello* y *ius ad bellum* es el estándar generalmente aceptado y considerado, adicionalmente, como derecho consuetudinario[47], la realidad es que el derecho construye la guerra, en lo que prohíbe y en lo que permite. Ese es el mensaje central de nuestra exploración de la división entre *ius ad bellum*

45 Weiler y Deshman, *op. cit.*, p. 39.

46 La introducción del artículo 1(4) del Protocolo, que le reconoció derechos *in bello* a algunos beligerantes y no a todos (específicamente, a "los pueblos [que] luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación") ha sido interpretado como una posible forma de reintroducir la conexión entre las causas subyacentes del conflicto (la dominación colonial, los regímenes racistas, etc.) y el derecho internacional humanitario (véase: Antonio Cassese, "The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law", en *UCLA Pacific Basin Law Journal,* No. 3 [1984]: 55-118, p. 69). Sin embargo, este detalle no debe opacar el hecho que la distinción entre *ius in bello* y *ius ad bellum* es el estándar vigente en derecho internacional contemporáneo.

47 Véase: Lauterpacht, "The Limits of the Operation of the Law of War", pp. 215-220; Brownlie, *International Law and the Use of Force by States,* p. 407; Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict,* pp. 158-159.

y *ius in bello*. Aún si se adopta la perspectiva interna, las razones jurídicas que enmarcan el conflicto como un todo son importantes. La perspectiva interna del que lucha la guerra ilícita es diferente del que la lucha de manera lícita, aún si en la práctica ambos consideran que su guerra es lícita. El derecho internacional juega un papel fundamental en esta dinámica. No existe la guerra como algo extrajurídico: la guerra es una institución jurídica. La siguiente sección de este capítulo desarrolla la forma en que la guerra es construida mediante el lenguaje jurídico.

La construcción jurídica de la guerra

¿Es realmente la guerra un fenómeno neutro, más similar a un desastre natural que a una circunstancia política? Para iniciar la discusión, resulta útil retomar la analogía con aquella otra preocupación central del derecho internacional: el comercio. Es común el argumento según el cual el mercado es una realidad prejurídica que *existe* en la naturaleza, pues deriva de la cualidad egoísta de los individuos que buscan maximizar su beneficio personal[48], y que es después regulada por las instituciones[49].

Esta premisa ha sido cuestionada por algunos historiadores económicos, como Karl Polanyi, quien argumentó que el mercado es sólo una de las posibles formas de organización social[50]. Por supuesto, las personas siempre han comerciado entre sí: desde el principio de los tiempos unos han comprado y otros han vendido. Para Polanyi, la "gran transformación" ocurre cuando estas transacciones (el mercado) dejan de ser una forma más de organización social y se convierten en la única forma de organización, a la cual deben sujetarse todas las relaciones sociales. Este giro hacia el mercado libre como forma dominante de organización social, sostiene Polanyi, no es el producto de la "naturaleza"; por el contrario, es una decisión expresa y planeada por el Estado, adoptada a través de las instituciones, una de las cuales es el derecho. El giro es una decisión que se adopta porque beneficia los intereses que el Estado considera dignos de ser protegidos. Así, el libre mercado es el resultado de la intervención del Estado.

48 Sobre el origen de esta teoría de la racionalidad humana véase: J. Persky, "The Ethology of Homo Economicus", en 9 *Journal of Economic Perspectives* (1995): 221-231.

49 Esta aproximación ha sido explicada con claridad en Douglass Cecil North, "Institutions", en *Journal of Economic Perspectives* 5, No. 1 (1991): 97-112, pp. 98-102. En mayor detalle: Douglass Cecil North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance,* Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 73-105

50 Karl Polanyi, *The Great Transformation,* Boston, Beacon Press, 1957.

No obstante, el problema es que la expansión ilimitada del mercado libre llevaría a la sobreexplotación de los recursos naturales, la exclusión de amplios sectores de la sociedad y la imposibilidad de realizar una distribución eficiente de los recursos —fenómenos conocidos en economía como "fallas del mercado"; esto es, la incapacidad que tienen los mercados sin regulación para asignar recursos de manera eficiente—[51]. Para Polanyi, el instinto de conservación (tanto el individual como el colectivo) llama entonces a que se limite el libre mercado. Así, mientras que la visión tradicional en economía sostiene que una sociedad sujeta al libre mercado es el orden natural de las cosas, y que la limitación de ese mercado es una decisión política del Estado, Polanyi sostiene lo contrario: la decisión política *es* crear un libre mercado, y el instinto lleva a limitarlo, para garantizar la supervivencia de la comunidad.

¿Qué tiene que ver esta discusión con la guerra y el derecho internacional? Pues bien, la aproximación tradicional al derecho de la guerra incurre en una falacia muy similar a la denunciada por Polanyi respecto a la regulación de los mercados. La visión tradicional del derecho de la guerra acepta las premisas de la teoría realista de las relaciones internacionales, al presumir que los seres humanos somos violentos por naturaleza y que la guerra es el estado natural de la humanidad; esto es, acepta que la guerra es un hecho extrajurídico. Por lo tanto, regularla requiere de una decisión política, expresada a través del derecho[52].

No obstante, la intuición de Polanyi nos llevaría a interpretar este argumento de una manera diferente. De la misma forma en que el mercado ha existido siempre en el marco más amplio de la sociedad, también la violencia ha existido en ella desde tiempos inmemoriales. Sin embargo, esto no implica que la violencia sea el criterio dominante de organización social; en realidad, la violencia es uno más de los medios de organización de la sociedad. Éste es, precisamente, uno de los argumentos invocados tradicionalmente en contra del realismo clásico en relaciones internacionales[53]. Así, el paso de la violencia a la "guerra" es una decisión política, tan política como decidir organizar una sociedad alrededor de un mercado libre: mediante este paso, la violencia deja de ser una más de las formas de

51 Para una introducción breve a las fallas del mercado véase: Gregory Mankiw, *Principios de Economía,* México D.F., Cengage Learning Editores, 2009, p. 124.

52 Sobre el realismo en relaciones internacionales y su relación con el derecho internacional véase: René Urueña, *Derecho de las organizaciones internacionales,* Bogotá, Temis/Uniandes, 2008, pp. 64-75.

53 *Ibídem,* pp. 67-69.

interacción entre los miembros de una comunidad, y deviene el criterio dominante de organización social. Si bien es cierto que la violencia existe en todo momento, con la decisión de ir a la "guerra", expresada a través del derecho, la violencia coloniza los otros medios de interacción social y emerge como el medio dominante. Por lo tanto, no hay nada natural en el estado guerra: por el contrario, el conflicto armado es una decisión expresa y planeada, adoptada por el Estado y expresada mediante normas jurídicas, con el objetivo de proteger ciertos intereses que tal Estado considera dignos de ser protegidos.

Así como para Polanyi el instinto de conservación lleva a que la decisión de entregar la sociedad al libre mercado deba ser limitada, el mismo instinto básico nos lleva a intuir que la decisión jurídico-política de la guerra deba ser limitada. De esto dependerá, ni más ni menos, que la supervivencia física del grupo social afectado. De allí que resulte necesario imponer límites a la guerra. La guerra no es, entonces, un fenómeno que ocurre en la naturaleza, el cual es después sujeto a reglas jurídicas en virtud de una decisión política. Por el contrario, la guerra es en sí misma una institución jurídica, diferente de la simple violencia, toda vez que cuenta con un marco legal que la explica y le da sentido.

Ahora bien, como hemos visto, los límites a la guerra derivados del instinto de conservación toman dos formas: primero, se debe limitar la posibilidad de iniciar la guerra (*ius ad bellum*) y, segundo, se deben limitar las técnicas de guerra (*ius in bello*). Explorar la aplicación de estos dos sistemas jurídicos internacionales nos permite entender mejor la forma en que la guerra es una construcción jurídica. Para esos efectos, la última sección de este capítulo muestra cómo el derecho no es un factor externo a la violencia, sino es en realidad un factor constitutivo de la misma. Tal vínculo es explorado desde dos perspectivas diferentes: la del *ius ad bellum,* a través del caso de la llamada "guerra contra el terrorismo", y la del *ius in bellum,* mediante el conflicto armado en Colombia.

El derecho de la guerra como justificación de la violencia

Entender la guerra como una institución jurídica implica que el derecho es parte integral del desarrollo del conflicto armado, y no un actor externo que busca siempre limitarlo. Así, el derecho internacional es una herramienta fundamental para explicar y justificar, tanto el conflicto armado en

sí mismo, como las hostilidades ocurridas durante el mismo[54]. Este papel es tan importante como aquel de imponer un límite a la guerra. En efecto, cuando el derecho de la guerra (sea *ius ad bellum* o *ius in bello*) dispone el criterio de, por ejemplo, proporcionalidad en la acción armada[55], en realidad está estableciendo dos estándares normativos diferentes. Según el primero, las acciones armadas que no sean proporcionales serán una violación al derecho internacional aplicable, y deberán ser castigadas. Éste es el análisis en el cual se centra la mayor parte del trabajo académico actual, así como el activismo en derechos humanos, que se pregunta: ¿Cómo saber si una acción no es proporcional? ¿Cómo vincular la responsabilidad de quienes vulneren ese estándar? ¿Cuál es la estructura institucional que nos permitirá alcanzar un castigo?

Sin embargo, el derecho de la guerra establece también un segundo estándar normativo, según el cual todas las conductas que se ajusten al estándar serán legales y, en consecuencia, justificables. El principio de proporcionalidad sostiene que la acción armada desproporcionada será ilegal, pero también establece que una acción armada que sea proporcional es perfectamente justificada. El derecho de la guerra sirve así como plataforma para justificar actos de intensa violencia que, sin embargo, son legales.

De esta manera, el argumento jurídico se convierte en una parte central de la planificación de la guerra, pues provee a los combatientes con valiosos argumentos para justificar sus acciones, invocando el poder normativo del sistema jurídico internacional para tal efecto. La opción no es, entonces, entre guerra y paz, sino entre violencia justificada y violencia no justificada. El derecho internacional juega un papel crucial justificando actos que en tiempos de paz serían injustificables, y lo cumple de maneras diferentes, dependiendo de si se trata de *ius ad bellum* o de *ius in bello*, como se discute a continuación.

Ius ad bellum y la guerra contra el terrorismo

Como se ha discutido, el *ius ad bellum* establece el estándar que nos indica cuándo es legal ir a la guerra. Sabemos, entonces, que una guerra se ajusta

54 En similar sentido véase: Nathaniel Berman, "Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War", en *Columbia Journal of Transnational Law* 43, No. 1 (2004): 1-71.También: David Kennedy, *Of War and Law,* Princeton, N.J., Princeton University Press, 2006.

55 Véase: Judith Gail Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States,* Nueva York, Cambridge University Press, 2004.

al derecho internacional si, por ejemplo, representa una acción en legítima defensa, según lo dispuesto por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, el derecho inherente a la legítima defensa es de carácter consuetudinario, según lo estableció la Corte Internacional de Justicia en el asunto de Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua[56].

Ahora bien: esta norma busca prevenir y castigar acciones armadas que no sean en legítima defensa. Esa es la prohibición. Sin embargo, esta norma también presenta un segundo estándar normativo. En virtud de la misma, los Estados tienen el privilegio de iniciar una guerra. Así, el artículo 51 de la Carta no sólo limita el uso de la fuerza, sino también otorga el derecho de usar la fuerza en caso de que se trate de una acción en legítima defensa. La misma norma establece una prohibición de matar en ciertos casos y otorga el privilegio de hacerlo en otros. De esta forma, el derecho de la guerra se convierte en un aliado de quienes participan en las acciones armadas, porque les da un vocabulario para justificar su actuación.

Un buen ejemplo de esta dinámica son los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001 en el World Trade Center en Nueva York. Tres semanas después, el 7 de octubre del mismo año, el representante de Estados Unidos ante las Naciones Unidas notificó al Consejo de Seguridad que: "De conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, deseo en nombre de mi Gobierno informar que los Estados Unidos de América, junto con otros Estados, han iniciado acciones en ejercicio de su derecho inherente a la legítima defensa individual y colectiva, como consecuencia de los ataques que se llevaron a cabo contra los Estados Unidos el 11 de septiembre 2001"[57].

De esta forma, el Gobierno de los Estados Unidos presentó su lucha contra los grupos terroristas como una "guerra" y usó las instituciones del derecho de la guerra (específicamente, la legítima defensa) como una plataforma para justificar su acción armada en contra de Afganistán. El artículo 51 de la Carta le dio a los Estados Unidos el privilegio de iniciar la guerra contra Afganistán y le dio la capacidad de invocar el peso normativo del derecho internacional para explicarla y justificarla[58].

56 *International Court of Justice, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua *vs.* United States of America), 14 ICJ Reports (1986) (1986).

57 Véase: Letter of John Negroponte to the President of the Security Council, octubre 7, 2001. En: http://avalon.law.yale.edu/sept11/un_006.asp

58 El argumento más elaborado en ese sentido está en John Yoo y James C. Ho, "International Law and the War on Terrorism", en *Boalt Hall School of Law Working Paper Series,* Vol. 2003. Véase también: Jonathan I. Charney, "The Use of Force Against Terrorism and International Law", en *The American Journal of International Law* 95, No. 4 (octubre 1 del 2001):

Esta justificación, a su vez, permitió que las consecuentes medidas adoptadas en la "guerra contra el terrorismo" (el envío de sospechosos a Guantánamo, las técnicas extremas de interrogación, entre otros) se vieran presentadas como actos del conflicto armado, y no como un problema policial o de derecho penal[59]. Tal reconfiguración del problema como una "guerra" es una decisión política del Estado[60]. Como se vio en nuestra re-lectura de Polanyi, no hay nada natural en el estado de guerra. Por el contrario, es el Estado quien toma la decisión de que la violencia pase a ser una más de las formas de interacción en la sociedad, a convertirse en la lógica dominante en tal interacción.

Por supuesto, esto no quiere decir que existiese un acuerdo generalizado alrededor de la idea de que la lucha contra el terrorismo fuese en efecto una "guerra" de acuerdo con el derecho internacional. Por ejemplo, sólo diez días después de los ataques, Alain Pellet, miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, levantó su voz para declarar que este conflicto no constituía una "guerra"[61]. Sin embargo, el problema aquí no es que el actuar de los Estados Unidos fuese ilegal en lo que respecta a Afganistán. Lo significativo es que los Estados Unidos usó el *ius ad bellum* (en específico, la institución jurídica de la legítima defensa) para estructurar su operación y justificar su actuar.

En efecto, el argumento de los Estados Unidos nunca fue que la guerra contra Afganistán era violatoria del derecho internacional, y que tal violación era completamente irrelevante para la administración Bush. Por el contrario, el argumento fue que el artículo 51 de la Carta le daba el derecho a los Estados Unidos de atacar a Afganistán[62]. El derecho de la guerra hizo posible la guerra contra Afganistán. La violencia allí usada, así como los otros actos de violencia ocurridos en el marco de este conflicto, no hubieran

---

835-839. En igual sentido: Thomas M. Franck, "Terrorism and the Right of Self-Defense", en *The American Journal of International Law* 95, No. 4 (1 octubre 2001): 839-843.

59 Véase: Frédéric Mégret, "'War'? Legal Semantics and the Move to Violence", en *European Journal of International Law* 13 (2002): 361.

60 En el caso de la denominada "guerra contra el terrorismo", el proceso de decisión es descrito de manera fascinante en Donald Rumsfeld, *Known and Unknown: A Memoir,* Nueva York, Sentinel, 2011, pp. 587-600.

61 Véase: Allain Pellet, "Non, ce n'est pas la guerre!", en *Le Monde*, septiembre 21 del 2001, p. 12. Para un tratamiento más detallado de los desafíos véase: Philippe Sands, *Lawless World: America and the Making and Breaking of Global Rules from FDR's Atlantic Charter to George W. Bush's Illegal War,* Nueva York, Viking, 2005. Antonio Cassese, "Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", en *European Journal of International Law* 12, No. 5 (2001): 993-1001.

62 Véase, por ejemplo, Franck, *op. cit.,* pp. 835-837.

sido posibles (o, por lo menos, habrían tomado una forma completamente diferente) si no hubiesen sido diseñados con el derecho internacional en mente, y si no hubiesen sido explicados y justificados a través de tal sistema jurídico. El *ius ad bellum* proveyó a los Estados Unidos con el vocabulario necesario para construir la "guerra contra el terrorismo"; un vocabulario que, de hecho, se convirtió en una pieza fundamental del diseño de la política antiterrorista durante la administración Bush[63]. El *ius ad bellum* no sólo limita el uso de la violencia: también lo permite y lo justifica.

Ius in bello y el conflicto armado en Colombia

Por su parte, el *ius in bello* tiene también dos dimensiones normativas complementarias. Como es bien sabido, el derecho internacional humanitario (DIH) limita los medios de guerra disponibles a los combatientes, e impone estrictos principios tendientes a la protección de los no combatientes, como los principios de distinción, humanidad y neutralidad[64]. Sin embargo, el DIH también sirve para justificar los actos de violencia que ocurren dentro de los límites del conflicto armado, pues los mismos toman lugar precisamente en el marco de la guerra. Así, el DIH ciertamente limita ciertas técnicas de violencia, pero también privilegia otras, otorgando a estas últimas un importante refuerzo de legitimidad, por ser consideradas ajustadas al derecho internacional.

Uno de los conceptos claves del DIH es el principio de distinción, consagrado en los artículos 48, 51(2) y 52(2) del Protocolo I de las Convenciones de Ginebra de 1949 (para el caso de conflictos aramados internacionales) y en el artículo 13(2) del Protocolo II (en lo que concierne a los conflictos armados no internacionales). En virtud de tal principio debe distinguirse en todo momento entre la población y los combatientes; así, los ataques deben ser dirigidos únicamente contra los combatientes y no contra la población civil.

Este principio está, de manera evidente, dirigido a proteger a los no combatientes en el marco del conflicto armado. Éste es el primer estándar

63 Véase: Jack L Goldsmith, *The Terror Presidency: Law and Judgment Inside the Bush Administration,* Nueva York, W.W. Norton & Company, 2007.

64 La mejor fuente de información sobre el derecho internacional humanitario es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). En especial, su monumental trabajo sobre costumbre internacional, en Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck y Carolin Alvermann, *Customary International Humanitarian Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

normativo que impone, el cual busca limitar el uso indiscriminado de la fuerza. Sin embargo, el principio de distinción también implica un segundo estándar normativo. En virtud de tal principio, los combatientes adquieren el privilegio de usar fuerza mortal en contra de otros combatientes de manera legítima[65]. Así, el DIH no funciona solamente como un límite a la guerra al proteger a la población civil, sino funciona también como una plataforma de expansión de la guerra en contra de los combatientes, pues otorga el privilegio de tomar acciones armadas legítimas en su contra.

En ningún contexto es ese privilegio más importante que en los conflictos armados de carácter no internacional. Como hemos visto antes, un conflicto armado puede ser de carácter internacional, cuando opone a dos o más Estados, o de carácter no internacional, cuando opone a un Estado y un actor no estatal (como un grupo insurgente), o a dos o más actores no estatales entre sí[66]. En tal caso, el conflicto estará regulado por el artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra de 1949, así como el Protocolo II, en caso de que el Estado involucrado haya ratificado el mismo, como es el caso de Colombia[67].

El principio de diferenciación aplicado en este contexto implica, por supuesto, que ninguno de los actores del conflicto podrá atentar contra la población civil colombiana. Al mismo tiempo, el mismo principio da a los combatientes el privilegio de usar la fuerza armada en contra de otros combatientes[68]. Este privilegio aplica no solamente en momentos de combate, ni a ciertas áreas geográficas del país donde haya hostilidades; por el

65 En el mismo sentido véase: Berman, "Privileging Combat?", p. 12.

66 Véase: Anthony Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2010.

67 Un debate paralelo, en el que no profundizaremos, es el margen de discreción y la autoridad en la declaratoria del conflicto armado interno en Colombia. Al respecto véase: Juan José Ferro, "Existencia de un conflicto armado interno: ¿Quién decide?", en *Revista de Derecho Publico – Universidad de los Andes* 26, 2011.

68 En el marco de un conflicto armado de carácter no internacional, el estatus de combatiente no existe en sentido estricto, pues aquellos que participan en el mismo no gozan de los dos privilegios que definen tal estatus en los conflictos internacionales: inmunidad de la jurisdicción penal por actos cometidos en combate y status de prisionero de guerra en caso de ser capturado. Sin embargo, el argumento hace referencia al concepto de "combatientes funcionales", entendidos como tales para los efectos del principio de distinción; esto es, individuos que a pesar de no ser considerados combatientes para las inmunidades señaladas, sin embargo, para mantener la simplicidad en el texto, se continuará haciendo referencia a "combatientes", bajo el entendido que se hace referencia a combatientes funcionales. Véase: Geoffrey S. Corn y Christopher Jenks, "Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-international Armed Conflicts", en *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33, No. 2 (2011): 313-362, pp. 333-340

contrario, aplica en todo el territorio nacional y en todo momento, hasta tanto no se celebre un acuerdo de paz definitivo[69]. Así, la aplicación del DIH permite que los actores del conflicto tomen medidas ofensivas en contra de los combatientes en todo el territorio nacional: por ejemplo, el bombardeo de posiciones enemigas, siempre y cuando se cumplan los principios de proporcionalidad y distinción, entre otros.

Sin embargo, estas acciones ofensivas son altamente violentas y podrían constituir una violación de los derechos humanos de quienes se vean afectadas por ellas. Considérese el caso de los denominados "daños colaterales" en acciones armadas. Según el principio de proporcionalidad en el DIH, definido por las Convenciones de Ginebra de 1949, la pérdida de vidas civiles no debe ser excesiva en relación con la ventaja militar que se espere conseguir con un ataque a un objetivo militar. Lo anterior implica, de una parte, que la pérdida de vidas civiles que sea excesiva será una violación al derecho internacional. Pero también implica que la pérdida de vidas civiles que *no sea excesiva* será perfectamente legal bajo el DIH. Así, el derecho internacional crea, a través de su regulación, la posibilidad de ejercer violencia de manera justificada.

Esta posibilidad resulta de especial interés si se compara la solución dada por el DIH con aquella que resulta de otra área del derecho internacional que sería aplicable al caso: el derecho internacional de los derechos

69 Así lo entendió el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, el cual se enfrentó a este problema al decidir su jurisdicción en el caso Tadic. Allí, la defensa argumentó que el Tribunal no tendría jurisdicción sustancial sobre el caso. Según su razonamiento, no se podrían haber presentado crímenes de guerra pues, si bien podría ser cierto que en Bosnia-Herzegovina existían combates y, por lo tanto, un conflicto armado, en el área de la ex Yugoslavia relevante para el caso (Prijedor) no se habían presentado combates, razón por la cual allí no existiría conflicto en sentido jurídico. Por lo tanto, allí no aplicaría el DIH y no se podrían tipificar las conductas investigadas como crímenes de guerra. La Cámara de Apelaciones del Tribunal rechazó tal argumento. Según la Corte, no existe disposición alguna de DIH que establezca una limitación como la planteada por la defensa. Por el contrario, numerosas disposiciones del DIH están concebidas, señaló la Corte, precisamente para ser aplicadas fuera del combate. Para la Corte: "[…] existe un conflicto armado cuando haya un recurso a la fuerza armada entre Estados, o cuando exista violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado. El derecho internacional humanitario se aplica desde la iniciación de tales conflictos armados y se extiende más allá del cese de las hostilidades, hasta que un acuerdo general de la paz se alcanza, o bien, en el caso de los conflictos internos, hasta que un acuerdo de paz se logra. Hasta ese momento, el derecho internacional humanitario sigue aplicando en todo el territorio de los Estados beligerantes o, en el caso de los conflictos internos, en todo el territorio bajo el control de una de las partes del conflicto, sea o no que efectivamente se presenten combates". TCY, *The Prosecutor* vs. *Dusko Tadic (Jurisdiction of the Tribunal),* Decisión de octubre 2 de 1995, Caso No. IT-94-1-AR72, párrafo 70.

humanos. Como es sabido, el derecho humano a la vida admite restricciones legítimas. Así, por ejemplo, el artículo 4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que nadie puede ser privado de la vida *arbitrariamente*. Lo cual implica, por supuesto, que privar de la vida de manera no arbitraria a un individuo es legítimo; por ejemplo, en legítima defensa, o en el uso legítimo de la fuerza por parte de la policía[70].

Tal disposición abre una interesante discusión en el marco de un conflicto armado no internacional. En efecto, como hemos visto, las normas aplicables de DIH permiten el uso de fuerza letal siempre y cuando la misma se justifique en términos de proporcionalidad y necesidad militar. Sin embargo, en el marco de los derechos humanos, el uso de la fuerza parece estar más restringido: la privación de la vida será ajustada a derecho solamente si es posible probar que la misma se dio de manera no arbitraria. ¿Pueden ser considerados los denominados daños colaterales una privación arbitraria del derecho a la vida?

Se presenta en este caso una aplicación simultánea de dos regímenes jurídicos internacionales a un mismo problema, con resultados en apariencia contradictorios. En este sentido, es ésta una expresión del desafío de la fragmentación del derecho internacional, que ha sido analizada de manera amplia por la Comisión de Derecho Internacional[71], y por numerosos comentaristas[72].

Ahora bien, la Corte Internacional de Justicia se ha visto enfrentada a la pregunta de si la aplicación del DIH (por ejemplo, en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional) implicaría la exclusión de los derechos humanos, pues el primero sería aplicable en tiempos de guerra, mientras que los últimos serían solamente aplicables en tiempos de paz. Al respecto, la Corte sostuvo que ambos regímenes son aplicables de manera simultánea. Para el Tribunal:

70 Éste es el problema de las excepciones en derechos humanos, explorado de manera amplia en Martti Koskenniemi, "Human Rights, Politics, and Love", en *Mennesker & Rettigheder* 4 (2001): 33-45.

71 International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (finalizado por Martti Koskenniemi), UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006).

72 Véase: René Urueña, *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law,* Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012. También: Anne Charlote Martineau, "The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law", en 22 *Leiden Journal of International Law* (2009) 1; y Martti Koskenniemi y Paivi Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties", en 15 *Leiden Journal of International Law,* 2003, 553.

> [...] [L]a protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, excepto por aplicación del artículo 4 [derogación en un momento de emergencia nacional]. El respeto del derecho a la vida no es, sin embargo, uno de tales casos. En principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida se aplica también durante las hostilidades. Sin embargo, el *test* de qué es una privación arbitraria de la vida debe ser determinado por la respectiva *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en los conflictos armados, que tiene por objeto regular la conducción de las hostilidades [73].

Así, la privación del derecho a la vida como "daño colateral" se convierte entonces en una pregunta de *lex specialis*. A pesar de que aplican tanto el DIH como los derechos humanos, el estándar para decidir si una privación de la vida es "arbitraria" será aquel del régimen especial: en este caso, el derecho internacional humanitario. Así, aún en el caso de aplicación coetánea del derecho internacional de los derechos humanos y el DIH, el derecho internacional permite la privación de la vida, siempre y cuando la misma sea el resultado de operación armada que respete los principios de proporcionalidad, necesidad y distinción. El derecho internacional construye simultáneamente un doble estándar normativo: al mismo tiempo que establece un umbral que limita las técnicas de la guerra, también legitima los actos de violencia que ocurren bajo ese umbral.

En este sentido, la agenda humanitaria del derecho internacional es, en realidad, solamente una cara de la moneda. Al mismo tiempo que los estándares jurídicos internacionales son efectivos en limitar el uso desproporcionado de la fuerza, es importante también ver que gran parte de la violencia que vemos a diario no ocurre a pesar del derecho internacional, en virtud de su debilidad como sistema jurídico o de sus limitadas instituciones de supervisión de cumplimiento. Por el contrario, gran parte de esa

73 Corte Internacional de Justicia, Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (julio 8 de 1996), parágrafo 25. Tal precedente fue confirmado en el 2004, cuando la Corte Internacional de Justicia sostuvo que "la protección ofrecida por las convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, excepto por el efecto de las disposiciones de derogación (Corte Internacional de Justicia, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004, parágrafo 106), y posteriormente, la misma regla fue usada por el Tribunal en Congo *vs.* Uganda, con el fin de encontrar que, en el marco de un conflicto armado, las violaciones del DIH pueden ocurrir de manera simultánea y paralela a las violaciones a los derechos humanos (Corte Internacional de Justicia, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo *vs.* Uganda), ICJ Reports 2005, parágrafos 216-20, 345(3)).

violencia ocurre precisamente porque el derecho internacional está siendo cumplido, y está legitimando la violencia que ocurre bajo el umbral de su permisividad.

Conclusión

Este capítulo reexamina la relación del derecho internacional y la guerra. En esencia, argumenta que la guerra es, en realidad, una institución jurídica. El derecho internacional constituye la guerra, la transforma y la moldea. En lugar de entender la guerra como un hecho extrajurídico, que ocurre por desagracia sin que medie decisión política alguna, este texto invita a pensar la guerra como una alternativa entre varias, que dispara la responsabilidad de aquellos involucrados en ella, tanto en su inicio, como en su desarrollo.

Por supuesto, la tradición humanitaria reclama para sí la idea que la guerra es "salvaje" y el derecho es "racional". La idea sería entonces traer al derecho a regular esa situación en la que los humanos, en nuestra salvaje naturaleza, terminamos involucrados. Sin embargo, esta visión niega el papel que el derecho juega en la construcción de la guerra. Desde la perspectiva aquí planteada, más que un sistema de normas jurídicas que limitan la violencia, el derecho internacional ofrece una enorme variedad de estándares que impactan el diseño de la violencia, la justifican y también la limitan. Más que una oposición, el derecho internacional y la guerra forman un continuo: parafraseando a Clausewitz, este capítulo invita a entender la guerra como una continuación del derecho por otros medios. Sirve, como sugiere el título de este capítulo, tanto el escudo como la espada de los combatientes.

Bibliografía

Alberico Gentili, *The Wars of the Romans: A Critical Edition and Translation of De Armis Romanis*, Benjamin Straumann y Benedict Kingsbury (ed.), David A. Lupher (trad.), Oxford, Oxford University Press, 2011.

Allain Pellet, "Non, ce n'est pas la guerre!", en *Le Monde*, septiembre 21 del 2001.

Anne Charlote Martineau, "The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law", en 22 *Leiden Journal of International Law,* 2009.

Anthony Carty, *Philosophy of International Law,* Edinburgh, Edinburgh University Press, 2007.

Anthony Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2010.

Antonio Cassese, "Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", en *European Journal of International Law* 12, 2001, No. 5.

__ "The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law", en *UCLA Pacific Basin Law Journal,* 1984, No. 3.

Arnold D. McNair, "Collective Security", en *British Year Book of International Law,* 1936, No. 17.

Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations,* Nueva York, MacMillan, 1962.

Benjamin Straumann, "Ancient Caesarian Lawyers in a State of Nature: Roman Tradition and Natural Rights in Hugo Grotius's' De Iure Praedae", en *Political Theory* 34, 2006, No. 3.

Bruno Simma, *et al.*, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, segunda edición, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Christine D. Gray, *International Law and the Use of Force*, tercera edición, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Corte Internacional de Justicia, *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996.

__ *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 2004.

__ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo *vs.* Uganda), ICJ Reports, 2005.

David J. Bederman, "Reception of the Classical Tradition in International Law: Grotius' —De Jure Belli Ac Pacis", en *Emory International Law Review,* 1996, No. 10.

David Kennedy, *Of War and Law,* Princeton, N.J., Princeton University Press, 2006.

David P. Forsythe, "The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations", en *American Journal of International Law* 69, 1975, No. 1.

Diego Panizza, *Alberico Gentili, Giurista Ideologo nell'Inghilterra Elisabettiana,* Padova, L'autore, 1981.

__ "Political Theory and Jurisprudence in Gentili's De Iure Belli: The Great Debate Between 'Theological' and 'Humanist' Perspectives from Vitoria to Grotius", en *IILJ Working Papers*, 2005.

Donald Rumsfeld, *Known and Unknown: A Memoir,* Nueva York, Sentinel, 2011.

Douglass Cecil North, "Institutions", en *Journal of Economic Perspectives* 5, 1991, No. 1.

__ *Institutions, Institutional Change and Economic Performance,* Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council,* Oxford, Hart, 2004.

Fernando Lal Keerthie, *Waves of Tears: A Sri Lankan Tragedy,* Colombo, Richmond Publishers, 2010.

Francisco de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teologicas*, Teófilo Urdánoz (ed.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.

François Bugnion, "*Jus Ad Bellum, Jus in Bello* and Non-international Armed Conflicts", en *Yearbook of International Humanitarian Law,* 2003, No. 6.

Frédéric Mégret, "'War'? Legal Semantics and the Move to Violence", en *European Journal of International Law* 13, 2002.

Geoffrey S. Corn y Christopher Jenks, "Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-international Armed Conflicts", en *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33, 2011, No. 2.

G.I.A.D. Draper, "Grotius' Place in the Development of Legal Ideas About War", en *Hugo Grotius and International Relations*, Hedley Bull, Benedict Kingsbury y Adam Roberts (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1990.

Gregory Mankiw, *Principios de Economía,* México D.F., Cengage Learning Editores, 2009.

Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", en *British Year Book of International Law,* 1946, No. 23.

__ "The Limits of the Operation of the Law of War", en *British Year Book of International Law* 30, 1953.

Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis (The Rights of War and Peace)*, Richard Tuck (ed.), Indianapolis, Liberty Fund, 2005.

Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States,* Oxford, Clarendon Press, 1963.

Jack L Goldsmith, *The Terror Presidency: Law and Judgment Inside the Bush Administration,* Nueva York, W.W. Norton & Company, 2007.

James Turner Johnson, *Just War Tradition and the Restraint of War: A Moral and Historical Inquiry,* Princeton, Princeton University Press, 1981.

Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck y Carolin Alvermann, *Customary International Humanitarian Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

John Yoo y James C. Ho, "International Law and the War on Terrorism", en *Boalt Hall School of Law Working Paper Series,* Vol. 2003.

Jonathan I. Charney, "The Use of Force Against Terrorism and International Law", en *The American Journal of International Law* 95, No. 4.

Joseph H.H. Weiler y Abby Deshman, "Far Be It from Thee to Slay the Righteous with the Wicked: An Historical and Historiographical Sketch of the Bellicose Debate Concerning the Distinction Between *Jus Ad Bellum* and *Jus in Bello*", en *European Journal of International Law* 24, 2013, No. 1.

J. Persky, "The Ethology of Homo Economicus", 9 *Journal of Economic Perspectives,* 1995.

Juan José Ferro, "Existencia de un conflicto armado interno: ¿Quién decide?", en *Revista de Derecho Publico – Universidad de los Andes* 26, 2011.

Judith Gail Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States,* Nueva York, Cambridge University Press, 2004.

Kaius Tuori, "Alberico Gentili and the Criticism of Expansion in the Roman Empire: The Invader's Remorse", en *Journal of the History of International Law,* 2009, No. 11.

Karl Polanyi, *The Great Transformation,* Boston, Beacon Press, 1957.

Laurens Winkel, "Les Origines Antiques de l'Appetitus Societatis de Grotius", en *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review,* 2000, No. 68.

Letter of John Negroponte to the President of the Security Council. En http://avalon.law.yale.edu/sept11/un_006.asp

Martti Koskenniemi, "Human Rights, Politics, and Love", en *Mennesker & Rettigheder* 4, 2001.

__ "International Law and Raison D'état: Rethinking the Prehistory of International Law", en *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire*, Benedict Kingsbury y Benjamin Straumann (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2010.

Martti Koskenniemi y Paivi Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties", en 15 *Leiden Journal of International Law,* 2003.

Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, cuarta edición, Nueva York, BasicBooks, 2006.

M.R. Narayan Swamy, *The Tiger Vanquished: LTTE's Story,* Nueva Delhi, SAGE Publications, 2010.

Nathaniel Berman, "Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War", en *Columbia Journal of Transnational Law* 43, No. 1.

Pärtel Piirimäe, "Alberico Gentili's Doctrine of Defensive War and Its Impact on Seventeenth-Century Normative Views", en *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire*, Benedict Kingsbury y Benjamin Straumann (eds.,) Oxford, Oxford University Press, 2010.

Peter Haggenmacher, *Grotius et La Doctrine de La Guerre Juste*, primera edición, París, Presses Universitaires de France, 1983.

__ "Mutations Du Concept de 'Guerre Juste' de Grotius à Kant", en *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen,* 1986, No. 10.

Philippe Sands, *Lawless World: America and the Making and Breaking of Global Rules from FDR's Atlantic Charter to George W. Bush's Illegal War,* Nueva York, Viking, 2005.

Quincy Wright, "The Outlawry of War and the Law of War", en *American Journal of International Law* 47, 1953, No. 3.

René Urueña, *Derecho de las organizaciones internacionales,* Bogotá, Temis/Uniandes, 2008.

__ *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law,* Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

Richard Tuck, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant,* Oxford, Oxford University Press, 1999.

Robert Kolb, "Sur L'origine Du Couple Terminologique Ius Ad Bellum/ius in Bello", en *International Review of the Red Cross* 79, No. 827, 1997.

TCY, *The Prosecutor* vs. *Dusko Tadic (Jurisdiction of the Tribunal),* Decisión de octubre 2 de 1995, Caso No. IT-94-1-AR72.

Theodor Meron, "Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez", en *American Journal of International Law* 85, 1991, No. 1.

Thomas M. Franck, "Terrorism and the Right of Self-Defense", en *The American Journal of International Law* 95, 2001, No. 4.

William Stanley Macbean Knight, *The Life and Works of Hugo Grotius,* Londres, Sweet & Maxwell, 1925.

Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, segunda edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

__ *War, Aggression, and Self-defence,* Nueva York, Cambridge University Press, 2012.

CAPÍTULO 10

El propósito del derecho penal internacional: Una perspectiva de aplicación

Diego Acosta y Russell Buchan

Por lo menos hasta el final de la Guerra Fría, el derecho internacional se basaba firmemente en el principio de la igualdad soberana de los Estados. Este principio estableció un marco jurídico que consideraba a todos los Estados, en su capacidad estatal, como soberanos e iguales, independientemente de su composición interna. Siempre que una comunidad política exhibiera los requisitos de estatalidad[1] se le consideraba soberana sin importar sus características internas. En esencia, el principio de la igualdad soberana significaba que todos los Estados tenían el derecho a determinar sus asuntos internos, sin intervención externa. La motivación de este enfoque es clara. La preocupación primordial era forjar la paz entre Estados con ideologías diversas. Un régimen legal que permitiera que los Estados hicieran juicios normativos acerca de la calidad interna de otros Estados, se consideraba la antítesis del objetivo de mantener la paz y seguridad internacional[2]. La consecuencia de este marco jurídico fue que el derecho internacional se mantuvo, en gran medida, indiferente a la forma en que los gobiernos trataban a su población. En particular, la protección de los derechos humanos se consideraba un asunto interno que se encontraba fuera del ámbito del derecho internacional[3].

1 Los requisitos para ser considerado como un Estado soberano son un territorio definido, una población y un gobierno efectivo. Estos criterios se pueden encontrar en el artículo 1 de la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados (1933). Ver, en general, J. Crawford, *The Creation of States in International Law,* 2006.

2 Para una descripción detallada de este marco jurídico internacional ver: R. Buchan, "A Clash of Normativities: The International Society and the International Community", en 10 *International Community Law Review,* 2008, Vol. 10, pp. 6-13.

3 Ver, en general, James Watson, *Theory and Reality in the International Protection of Human Rights,* 1999.

Cabe destacar que, con el final de la Guerra Fría, esta posición ha sufrido una profunda transformación. Con el "triunfo"[4] de la democracia liberal como la única forma legítima de gobernanza política, la protección efectiva de los derechos humanos es ahora considerada como una cualidad esencial para que un Estado posea soberanía[5]. En resumen, el orden mundial contemporáneo ha dado pasos concisos para reconocer solamente a Estados liberales, que respetan los derechos humanos, como iguales y soberanos[6]. Esto ha tenido un impacto considerable en el carácter del derecho internacional, resultando en avances del mismo que permiten que los derechos humanos estén mejor protegidos. Los ejemplos incluyen el derecho emergente a la gobernabilidad democrática, la doctrina de la intervención humanitaria, la doctrina de la responsabilidad de proteger y una comprensión más amplia de los conceptos de paz y seguridad internacional basados en los derechos humanos, que se encuentran en el corazón del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas[7].

La evolución del derecho penal internacional (DPI) es parte de esta trayectoria normativa del derecho internacional público. En este capítulo se argumenta que el DPI como doctrina sustantiva ganó coherencia al final de la Segunda Guerra Mundial. Gracias en gran parte al derecho consuetudinario internacional, los crímenes internacionales adquirieron un significado particular y una delimitación concreta. Estos delitos estaban intrínsecamente ligados a flagrantes violaciones de derechos humanos fundamentales, más en concreto a los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el genocidio. La intención era garantizar que las personas que hubieran cometido graves violaciones de derechos humanos fueran individualmente procesadas por tales delitos y dar una advertencia a los posibles infractores futuros de que ellos también podrían ser encontrados individualmente responsables y ser juzgados[8]. En este sentido, la *raison d'etre* del

4 C. Brown, "'Really Existing Liberalism' Peaceful Democracies and International Order", en R. Fawn y J. Larkins (eds.), *International Society after the Cold War: Anarchy and Order Reconsidered,* 1996, p. 30 ("sí tiene algún sentido hablar del triunfo del liberalismo Occidental"). Ver, en general, F. Fukuyama, "The End of History", en *National Interest,* 1989, Vol. 16.

5 B. Barber, *Fear's Empire: War, Terrorism and Democracy*, 2003, p. 106 (Barber sostiene que en la época contemporánea los no liberales son vulnerables a ser "despojados de sus derechos internacionalmente reconocidos").

6 G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order,* 2004.

7 Ver, en general, R. Falk, *On Humane Governance: Towards a New Global Politics*, 1995.

8 P. Akhavan, "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?", en *American Journal of International Law,* 2001, Vol. 95.

DPI es la protección y promoción de los derechos humanos fundamentales. Es importante destacar, sin embargo, que no se establecieron mecanismos de aplicación internacional del DPI. En cambio, y como veremos más adelante, la ejecución del DPI fue dejada casi exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados. Dado que este tipo de delitos eran a menudo cometidos directamente por el gobierno o por lo menos por aquellos que tenían el apoyo del gobierno, la aplicación del DPI fue casi inexistente. En este sentido, el DPI cayó en un desuso absoluto. Una vez más, la explicación de la ausencia de mecanismos internacionales de ejecución se puede atribuir en gran parte al principio de la igualdad soberana de los Estados, al cual se adhirieron fielmente durante toda la Guerra Fría. La aplicación internacional del DPI requeriría una interferencia en los asuntos internos y soberanos de los mismos, y esa interferencia con la soberanía estatal era considerada una amenaza al mantenimiento de la paz y seguridad internacional. Dado que la soberanía del Estado como paradigma se mantuvo constante durante la Guerra Fría, el DPI no fue aplicado. La principal consecuencia de ello fue que personas que habían infringido derechos humanos quedaron, en gran parte, impunes, lo cual supuso que posibles futuros violadores de dichos derechos no fueran disuadidos.

En este capítulo se sostiene que la aplicación efectiva del DPI a nivel internacional sólo se empieza a producir *con el fin de la Guerra Fría*, pues es en ese momento que la protección de los derechos humanos a nivel internacional ganó mayor importancia, lo cual llevó a intentar hacer cumplir más eficazmente el DPI. Como veremos, esto se refleja en la creación de instituciones (tribunales internacionales) dedicadas a la aplicación del DPI, en particular, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), los tribunales especiales (frecuentemente denominados como tribunales mixtos) y la creación de la Corte Penal Internacional (CPI). Esta nueva era de aplicación del DPI puede, por lo tanto, ser explicada basándose en la idea de que el derecho internacional se encuentra actualmente menos preocupado por la protección de la soberanía estatal que por la promoción y protección de los derechos humanos fundamentales en el orden mundial[9].

9 Ignatieff se refiere a la creación de instituciones para hacer responsables penalmente a los violadores de los derechos humanos como la "revolución de la aplicación de los derechos humanos": Michael Ignatieff, *Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights*, Praemium Erasmianum Essay, 1999, p. 11. Del mismo modo, Human Rights Watch se refiere a estos desarollos como "el comienzo de una nueva era para el movimiento de derechos humanos", Human Rights Watch, World Report 2000, en XIII-XIV.

Con estos problemas en mente, este capítulo tiene la siguiente estructura: en la sección "Los tribunales internacionales tras la Segunda Guerra Mundial" se examinará brevemente la naturaleza de los crímenes internacionales y su relación con la protección de los derechos humanos. Además, se estudiará la aplicación del DPI desde 1945, con el fin de argumentar que ésta fue en gran parte esporádica y muchas veces ineficaz.

En la sección "Los tribunales internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda y la Corte Especial Mixta para Sierra Leona" se tendrá en cuenta el cumplimiento del DPI en relación con el TPIY, TPIR y los tribunales especiales. Se argumentará que la aplicación *internacional* del DPI no sólo ofrece una mayor protección de los derechos humanos, sino que también muestra cambios importantes en el derecho internacional. Dicho esto, sostendremos que esta aplicación internacional seguía siendo insatisfactoria, en particular porque estos tribunales operaban solamente en relación con ciertos Estados y durante ciertos periodos de tiempo. Cuando se analiza desde esta perspectiva, se hace muy evidente que esa ejecución desordenada del DPI no proporciona una protección efectiva de los derechos humanos fundamentales. Es importante destacar que es en este contexto que se crea la CPI.

En la sección "La Corte Penal Internacional" se analizará el impacto que la CPI ha tenido en la aplicación del DPI y su contribución a la protección efectiva de los derechos humanos. En resumen, se argumentará que si bien la CPI se enfrenta a diversos problemas, proporciona un mecanismo más eficaz para la ejecución internacional del DPI. Su principal efecto es el enjuiciamiento de las personas que cometen violaciones graves de los derechos humanos y el establecimiento de un régimen jurídico que actúa como un elemento disuasivo contra violaciones futuras.

Intentos de establecimiento de tribunales internacionales antes de la Segunda Guerra Mundial

La visión moderna del individuo como sujeto de la sociedad internacional es uno de los signos más representativos del derecho internacional de nuestros días. En efecto, el ser humano irrumpe en la esfera internacional básicamente para la defensa de sus derechos. Esto se debió en gran medida a "un renacimiento de las concepciones iusnaturalistas"[10], lo cual tuvo como

10 Antonio Truyol y Serra, *La Sociedad Internacional*, Madrid, Alianza Universidad, 1974, p. 167.

resultado la adopción de varios convenios y declaraciones, que incluyeron, a nivel mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y, a nivel regional, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José). En todos estos instrumentos se afirma que el individuo goza de derechos humanos fundamentales que han de ser respetados por los Estados que forman parte de la sociedad internacional.

Sin embargo, si bien es cierto que este fue el empeño primordial, no se puede ocultar el hecho de que dicha defensa de los derechos fundamentales se produce contra violaciones cometidas por otros individuos. Por ello, para poder hablar de una subjetividad internacional del individuo, es preciso no sólo que éste pueda reclamar por las violaciones a sus derechos (responsabilidad activa), sino también que se le pueda reclamar en la esfera internacional, cuando es el propio individuo el que viola obligaciones internacionales (responsabilidad pasiva). Es decir, el ser humano ha de ser destinatario tanto de derechos como de obligaciones derivados de normas internacionales.

Históricamente, la base de jurisdicción fue indiscutiblemente el *locus delicti*. Los delitos debían ser juzgados allí donde se cometían, porque ésta era la "conexión más natural de la jurisdicción penal"[11]. Sin embargo, el uso del *locus delicti* produjo que los principales responsables de terribles crímenes quedaran impunes. Es por ello que, ya desde finales del siglo XIX, se dieron los primeros intentos serios, si bien infructuosos, de creación de tribunales internacionales. El primer precedente puede encontrarse en el año 1872, cuando unos de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, Gustave Moynier, propuso, tras observar las atrocidades cometidas durante la guerra franco-prusiana, la creación de un tribunal internacional, al entender que la presión de la opinión pública no podía, en ningún caso, considerarse como sanción suficiente para aquellos que incumplían el comportamiento mínimo exigible en las guerras[12]. Empero, dicho tribunal no llegó nunca a establecerse.

11 Antonio Remiro Brotóns, *El Caso Pinochet: Los límites de la impunidad*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999, p. 47.

12 Ver: Eulalia W. Petit de Gabriel, "La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)", en J.A. Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 29-88.

Un segundo intento se produjo con la adopción del Tratado de Versalles de 1919, que ponía fin oficialmente a la Primera Guerra Mundial. Dicho tratado introdujo los artículos 227 a 230 que establecían las responsabilidades de guerra del káiser Guillermo II de Alemania, y de los alemanes que hubieran violado las leyes y costumbres de la guerra. Disposiciones análogas a las del Tratado de Versalles con Alemania se incluyeron también en los tratados de Saint Germain con Austria (art. 173), de Neuilly con Bulgaria (art. 118), del Trianón con Hungría (art. 157) y de Sevres con Turquía (art. 230). La efectiva aplicación de los artículos del Tratado de Versalles resultó ser, sin embargo, un total fracaso. El káiser se refugió en los Países Bajos, los cuales no permitieron su extradición, y falleció allí en el año 1941. Por otra parte, de los aproximadamente novecientos criminales de guerra alemanes que los aliados habían identificado para ser juzgados, sólo una docena fueron condenados a penas irrisorias[13].

Tras este fiasco, se produjo una nueva tentativa con la elaboración de dos convenciones el 16 de noviembre de 1937, una para la represión del terrorismo y otra para la creación de una corte encargada de juzgar a los autores de actos terroristas. Dichas convenciones se elaboraron como reacción al asesinato en Marsella, el 9 de octubre de 1934, del rey Alejandro de Yugoslavia y del ministro francés de Asuntos Exteriores. Sin embargo, ninguna de las dos convenciones llegó a aprobarse y por tanto el tribunal nunca se estableció[14].

Estos intentos de creación de tribunales internacionales corrieron paralelos a un proceso que se produjo a partir de la Primera Guerra Mundial y mediante el cual se fue limitando progresivamente el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales. Un buen ejemplo de ello es el Pacto Briand-Kellog de 1928, que llegó a ser ratificado por 62 Estados, en el cual las partes condenaban la guerra como medio de resolución de los conflictos internacionales y renunciaban a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones recíprocas. El Pacto Briand-Kellog no incluía, en cualquier caso, la responsabilidad criminal internacional de los individuos que lo violasen sino sólo la de los Estados. Todo ello desembocó en un sentimiento generalizado al comenzar la Segunda Guerra Mundial de que el derecho consuetudinario prohibía el recurso a la guerra

13 Ver: Yves Sandoz, "The History of the Grave Breaches Regime", en *Journal of International Criminal Justice,* 2009, Vol. 7(4), pp. 657-682.

14 Ver: Herman von Hebel, "An International Criminal Court: A Historical Perspective", en H. von Hebel, J.G. Lammers y J. Schukking (eds.), *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2002, pp. 13-38.

con la única excepción de la legítima defensa[15]. Bien es sabido que este sentimiento no impidió el inicio de la guerra ni ninguna de las atrocidades cometidas durante la misma. Sin embargo, es cierto también que, al finalizar la contienda, la depuración de responsabilidades de los que habían iniciado la misma sería un tema de suma importancia.

Los tribunales de Núremberg y Tokio

Es evidente, por tanto, que las consecuencias devastadoras que tuvo la Segunda Guerra Mundial fueron el detonante para poner de nuevo en primer plano la necesidad de un tribunal penal internacional para juzgar a los responsables de la misma. Así, tuvo lugar en Moscú, en 1943, la conferencia tripartita entre el presidente Roosevelt, el premier Churchill y el mariscal Stalin, en cuya declaración final se estableció la necesidad de juzgar y castigar a los responsables del conflicto bélico. De este modo, al finalizar la guerra se crearon los tribunales de Núremberg y de Tokio que, si bien constituyeron el primer ejemplo de enjuiciamiento de criminales de guerra y tuvieron elementos positivos, como se reseñará más adelante, han pasado a la historia como la justicia de los vencedores sobre los vencidos[16].

Las negociaciones para la elaboración del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Núremberg se llevaron a cabo en Londres, entre el 26 de junio y el 8 de agosto de 1945, y en ellas participaron Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido y los Estados Unidos, si bien se adhirieron posteriormente al estatuto otros diecinueve países[17].

La competencia *ratione materiae* venía establecida en el artículo sexto e incluía crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La categoría de crímenes contra la paz es la que requiere mayores precisiones de tipo jurídico. En el artículo segundo de la Carta del Tribunal de Núremberg se desarrollaba, en su apartado A, lo que era un crimen contra la paz: "Iniciar la invasión de otros países y las guerras de agresión en violación de los tratados y leyes internacionales, incluyendo

15 Cesáreo Gutiérrez Espada, *El uso de la fuerza y el derecho internacional después de la descolonización*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, p.13.

16 Hans Kelsen, "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", en *The International Law Quarterly,* 1947, Vol. 1(2), pp. 153-171; Georg Schwarzenberger, "The Judgement of Nuremberg", en *Tulane Law Review,* 1947, Vol. 21, pp. 329-361.

17 Sobre las negociaciones ver: Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials, a Personal Memoir*, Boston, BackBay Books, Little, Brown and Company, 1992, capítulo 4, pp. 56-77.

pero no limitándose a la planificación, preparación e iniciación o desarrollo de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados internacionales, o la participación en un plan común o en una conspiración para llevar a cabo lo dicho".

El abogado estadounidense Alwyn Vernon Freeman se preguntó si la preparación y ejecución de la Segunda Guerra Mundial podía entenderse como un crimen. Según su parecer, dado que no existía ningún acuerdo entre Alemania y los Estados aliados en el cual se especificasen sanciones penales por su incumplimiento, no había base legal para juzgar a nadie por comenzarla[18]. Por tanto, se planteaban dos tipos de dificultades paralelas: por un parte, la validez de una ley *ex post facto,* ya que el delito no estaba tipificado en el momento de su comisión, y como corolario de la misma el respeto del principio *nullum crimen sine lege*. Esta dificultad jurídica fue resuelta por el tribunal de manera no exenta de polémica. De hecho se estableció que aquellos que violaron los tratados sabían que estaban obrando contra derecho y, por tanto, lejos de ser una injusticia el juzgarlos, sería más bien una injusticia el no hacerlo[19]. El objetivo que se buscaba era el de hacer una declaración política al mundo en el sentido de que iniciar una guerra de agresión no era sólo un crimen internacional sino el crimen internacional más importante[20].

Respecto a las competencias *ratione loci* y *ratione temporis* se dice en el artículo primero del acuerdo que el Tribunal será competente para el enjuiciamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tengan una localización geográfica particular. Es de entender que la *ratione temporis* se refiere al periodo de la Segunda Guerra Mundial. Las penas, según el artículo 27, incluían la pena de muerte; así, de los veintidós acusados, doce tuvieron tal condena.

Al margen de los problemas de la ley *ex post facto* y de la máxima *nullum crimen sine lege*, la defensa se basó sobre todo en lo siguiente:

> Negando capacidad jurídica en lo internacional a los individuos y centrándola en los Estados, con lo que se cumplía uno de los principios más constantes del derecho internacional, pero estimando al mismo tiempo, que en el derecho

18 George Ginsburgs y V.N. Kudriavtsev, *The Nuremberg Trial and International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 141.

19 Georg Schwarzenberger, "The Judgement of Nuremberg", p. 349.

20 Antonio Remiro Brotóns, "Crimen de agresión, crimen sin castigo", en *Política Exterior,* 2005, Vol. 108 noviembre/diciembre, pp. 135-155.

> penal clásico la responsabilidad es estrictamente individual […] se llegaba al deseado corolario del integral impurismo. De modo parecido, extremando el rigor del Führersprinzip, en orden a la obediencia debida, la culpabilidad plena revertía naturalmente sobre el desaparecido Canciller del III Reich, en beneficio inmediato de todos los acusados presentes[21].

El estatuto del Tribunal había previsto, en cualquier caso, dichos aspectos al considerar que la posición oficial de los acusados no les eximía de responsabilidad (artículo 7) y que el cumplimiento de órdenes no libraba al acusado de su responsabilidad (artículo 8).

Por su parte, el Tribunal Militar para Extremo Oriente tuvo su sede en Tokio, del 3 de mayo de 1946 al 16 de abril de 1948. Se instauró con el fin de juzgar a veinticinco grandes criminales de guerra japoneses. La carta institucional fue aprobada el 19 de enero de 1946 por el comandante en jefe supremo de las potencias aliadas, el general Douglas MacArthur, y enmendada por orden suya el 26 de abril del mismo año. El Tribunal tuvo una composición mayor que el de Núremberg, con jueces elegidos por el comandante en jefe en base a una lista de nombres establecida por los países firmantes del acta de capitulación de Japón, además de la India y Filipinas. La competencia *ratione materiae* no difería básicamente de aquella de la jurisdicción de Núremberg. El fallo se produjo en 1948 y fue criticado por uno de los propios jueces que formaron parte del tribunal[22].

No obstante el hecho de que tanto Núremberg como Tokio no fueran tribunales que gozasen realmente de un carácter neutral y, a pesar de sus vicios procesales y las críticas que recibieron[23], su importancia fue capital porque marcaron varios precedentes. En primer lugar, supusieron el primer enjuiciamiento de líderes de un país derrotado en una guerra. En segundo lugar, sentaron las bases para la tipificación de crímenes como quedó puesto de manifiesto cuando, en el año 1950, la Comisión de Derecho Internacional enunció los principios de Núremberg que forman, desde entonces, parte del derecho internacional positivo general[24]. Núremberg también desmanteló en cierta forma al Estado soberano, en el sentido de que los

21 Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1955, p. 424.

22 Kirsten Sellars, "Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo", en *The European Journal of International Law,* 2011, Vol. 21(4), pp. 1085-1102.

23 Jacques-Bernard Herzog, *Nuremberg, un échec fructueux?*, París, L.G.D.J., 1975.

24 M. Cherif Bassiouni, "Nuremberg Forty Years after: An Introduction", en *Case Western Reserve Journal of International Law,* 1986, Vol. 18, pp. 261-266.

líderes del mismo no pudieron ampararse en dicha soberanía para justificar sus crímenes y los acusados tampoco pudieron alegar su posición oficial o el cumplimento de órdenes como eximente[25]. Por último, ambos juicios "supusieron […] una catarsis colectiva respecto a lo ocurrido en el decenio anterior y, junto con la Carta de San Francisco y el desarrollo del sistema de las Naciones Unidas, un acto fundacional para tratar de que el mundo volviera a comenzar su andadura sobre otras bases más justas"[26].

Los tribunales internacionales tras la Segunda Guerra Mundial

Tras la Segunda Guerra Mundial se elaboró la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio. La misma fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y entró en vigor el 12 de enero de 1951, habiendo sido ratificada por más de 130 Estados. En su opinión consultiva de 1951, la Corte Internacional de Justicia estableció que la Convención forma parte del derecho consuetudinario[27]. El artículo segundo de la Convención define el crimen de genocidio, siendo la definición prácticamente idéntica a la que se observa en los estatutos de los tribunales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda o el de la Corte Penal Internacional. La Convención también preveía en su artículo sexto la creación de un Tribunal Penal Internacional, que nunca llegó a establecerse, para juzgar a las personas acusadas de genocidio.

Por tanto, nos encontramos con que en el año 1948, una vez finalizados los juicios de Núremberg y Tokio, existían tres importantes proyectos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la Represión y Sanción del Crimen de Genocidio y la propuesta de establecimiento de una Corte Penal Internacional. Efectivamente, en dicho año de 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas invitó a la Comisión de Derecho Internacional a analizar la posibilidad de establecer una Corte

25 Christian Tomuschat, "The Legacy of Nuremberg", en *Journal of International Criminal Justice,* 2006, Vol. 4, pp. 830-844, en p. 838.

26 Juan Antonio Yáñez-Barnuevo, "Hacia un tribunal de la humanidad: la Corte Penal Internacional", en J. Cardona Llorens (ed.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, Vol. v, pp. 805-830, en pp. 817-18.

27 CIJ, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951. Ver: M. Cherif Bassiouni, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", en *Law and Contemporary Problems,* 1996, Vol. 59(4), pp. 63-74.

Penal Internacional para juzgar a las personas acusadas no sólo de genocidio sino también de otros delitos tipificados en convenios internacionales[28]. La Comisión de Derecho Internacional elaboró un informe y, posteriormente, la Asamblea General estableció una Comisión sobre la jurisdicción penal internacional[29]. Esta Comisión propuso dos proyectos, uno en el año 1951 y otro en el 1953; sin embargo, este último proyecto quedó en agua de borrajas y no fue sino hasta el año 1989 cuando la Asamblea General pidió de nuevo a la Comisión de Derecho Internacional que se ocupase de la posibilidad de establecer una Corte Penal Internacional[30].

De hecho, como ya fue señalado en la introducción, durante la Guerra Fría, la comunidad internacional protegió ferozmente la soberanía del Estado y, de este modo, confirmó el principio de no intervención en los asuntos internos. Es cierto que se establecieron tratados de derechos humanos y mecanismos de aplicación de los mismos. Sin embargo, durante la Guerra Fría no hubo ningún intento genuino de hacer cumplir dichos tratados en contra de Estados recalcitrantes. En último extremo, la protección internacional de los derechos humanos fue claramente subordinada a la protección de la soberanía del Estado[31]. Como se verá más adelante, ésta fue una posición que cambiaría drásticamente con el fin de la Guerra Fría. Además, esto tendría un impacto profundo sobre la aplicación del DPI a nivel global.

Los tribunales internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda y la Corte Especial Mixta para Sierra Leona

Con la caída del muro de Berlín y el fin de la Guerra Fría se inició una nueva era en las relaciones internacionales que se vio reflejada en la proliferación de tribunales internacionales, especialmente durante los años que precedieron a la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el año 2002. Nosotros nos referiremos de manera muy breve, en las

28 María Isabel Lirola Delgado y Magdalena M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional: justicia* versus *impunidad*, Barcelona, Ariel Derecho, 2001, p. 45.

29 GA Res. 489 (v), diciembre 12 de 1950.

30 GA Res. 44/39, diciembre 4 de 1989.

31 Brian Frederking, *The United States and the Security Council: Collective Security since the Cold War*, 2007, p. 131.

próximas líneas, a los tribunales internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, así como a la Corte Especial Mixta para Sierra Leona[32].

Tribunales internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda

El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia fue creado por dos resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: Resolución 808 y Resolución 827 de 1993. Para ello el Consejo de Seguridad invocó el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, que enumera de manera no exhaustiva una serie de posibles medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada. Antes de adoptar dicha medida, el Consejo de Seguridad emitió más de treinta resoluciones sobre un conflicto que se había enquistado de manera irremediable[33]. Mediante la Resolución 808 (1993), el Consejo de Seguridad decidió que se estableciese un tribunal internacional y solicitó al secretario general que elaborase un informe sobre esta cuestión[34]. En dicho informe se detallaron las competencias que habría de tener el nuevo tribunal en relación al derecho a aplicar, las personas a las cuales se aplicaría, el ámbito temporal y territorial y la relación con los tribunales nacionales[35]. Del mismo informe también cabe destacar que se optó por crear el tribunal mediante una resolución del Consejo de Seguridad, ya que esto aseguraba la pronta adopción del mismo y el hecho de que todos los Estados tendrían la obligación de llevar a cabo cualquier acción requerida para ejecutar una medida adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta[36]. La Resolución 827 (1993) aprobó el informe y decidió establecer el tribunal con el objetivo de hacer "comparecer ante la justicia" a las personas responsables por violaciones del derecho internacional humanitario, a fin de enjuiciarlas y, de este modo, contribuir a la restauración y mantenimiento

32 Para un análisis más exhaustivo de estos tribunales ver: William A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

33 Sobre el conflicto en la ex Yugoslavia ver: Stuart Kaufman, *Modern Hatreds: The Symbolic Politics of Ethnic War*, Nueva York, Cornell University Press, 2001.

34 Juan Bautista Delgado Cánovas, *Análisis crítico de la legalidad de la creación por las Naciones Unidas de un Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 11; Ver también: James O´Brien, "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", en *AJIL*, 1993, Vol. 87(4). Sobre la historía de la creación del Tribunal ver: Herman von Hebel, "An International Tribunal for the Former Yugoslavia; An act of Powerlessness or a New Challenge for the International Community?, en *Netherlands Quarterly of Human Rights,* 1993, Vol. 11(4).

35 S/25704.

36 Ver: Ralph Zacklin, "Some Major Problems in the Drafting of the ICTY Statute", en *Journal of International Criminal Justice,* 2004, Vol. 2, pp. 361-367.

de la paz. Indudablemente, el hecho de que el Consejo de Seguridad crease un tribunal de este tipo fue criticado por algunos autores como una extralimitación de sus competencias[37], aunque también fue defendido por otros[38].

Respecto a la competencia *ratione materiae* del Tribunal conviene destacar que el principio de *nullum crimen sine lege* supuso que éste aplicara normas de derecho internacional humanitario pertenecientes al derecho consuetudinario más allá de cualquier duda. Así compete al Tribunal el análisis de las violaciones de la Convención de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de guerra (artículo 2 del Estatuto del Tribunal), de la Cuarta Convención de la Haya de 1907 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre (artículo 3), de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (artículo 4) y del Estatuto del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945 o crímenes contra la humanidad (artículo 5). Respecto al ámbito temporal, territorial y personal compete al Tribunal el enjuiciamiento de las personas responsables por las graves violaciones de derecho internacional humanitario en el territorio de la Antigua Yugoslavia desde 1991 (artículo 1). El Tribunal, a diferencia de la Corte Penal Internacional, pero al igual que el de Ruanda, tiene primacía sobre las cortes nacionales.

Respecto a los motivos que llevaron al establecimiento de una Corte International *ad hoc* en Ruanda, no es necesario extenderse mucho para entender la magnitud de los hechos que acaecieron allí. El genocidio, que se produjo en el año 1994, acabó con la vida de cerca de un millón de tutsis y hutus moderados, la mayoría de ellos sacrificados a manos de los radicales hutus, las bandas de *interahamwe*, que significa "los que matan juntos"[39]. Como consecuencia de aquella masacre, el Consejo de Seguridad, tras recibir la petición de la propia Ruanda[40], adoptó su Resolución 955 del 8 de

37 A. Andries, "Les aléas juridiques de la création du Tribunal international pour les crimes de guerre commis depuis 1991 sur le territoire de l'ex-Yougoslavie", en *Journal des Procès*, 1993, No. 239.

38 Eric David, *Principes de Droit des Conflits Armes*, décima segunda edición, Bruselas, Bruylant, 1999, p. 676.

39 Existen innumerables libros y artículos sobre el genocidio en Ruanda. Se puede mencionar, por ejemplo, el excelente trabajo de Mahmood Mamdani, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

40 Ver la solicitud de Ruanda al Consejo, UN Doc. S/1994/1115 (1994). Sin embargo, tras la adopción de la Resolución 955, en el Consejo de Seguridad, Ruanda votó en contra dado que no estaba de acuerdo con algunos de sus aspectos, ver: Provisional Verbatim Records, UN Doc. S/PV.3453. Ruanda estaba entonces en el Consejo de Seguridad. Sobre las negociaciones ver: Roy S. Lee, "The Rwanda Tribunal", en *LJIL*, Vol. 9, 1996, pp. 37-61.

noviembre de 1994, mediante la cual estableció un Tribunal Internacional. Dicha resolución incluyó el estatuto por el cual se regiría el Tribunal. El objetivo del mismo es juzgar a las personas responsables por genocidio y otras violaciones serias del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a los ciudadanos ruandeses responsables de genocidio y otras mismas violaciones cometidas en el territorio de países vecinos, entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre del mismo año. La sede del Tribunal fue establecida en Arusha, Tanzania. El Tribunal tiene competencias para conocer del crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y violaciones del artículo 3 de las Convenciones de Ginebra y del protocolo adicional II (arts. 2 a 4).

Respecto del funcionamiento de ambos tribunales hasta la fecha, se puede destacar, en primer lugar, que si bien es cierto que han jugado un papel primordial en la lucha contra la impunidad en ambas regiones, esto llevó bastante tiempo dado que, tal como demuestran los hechos acaecidos en Kosovo a finales de los años noventa, el Tribunal para la Antigua Yugoslavia no tuvo el efecto inmediato de frenar las graves violaciones de los derechos humanos en la región[41]. Otros autores también han criticado el excesivo coste de los mismos que, como veremos más adelante, ha impedido el establecimiento de nuevos tribunales de este tipo[42]. Por otra parte, la jurisprudencia de ambos tribunales tiene una gran importancia para el desarrollo del derecho penal internacional y servirá como referencia para el trabajo de la CPI[43].

Otros tribunales internacionales de carácter mixto

Siguiendo los pasos de Yugoslavia y Ruanda se han establecido en los últimos años otros tribunales de carácter especial[44]. En este capítulo vamos a ahondar un poco más en el de Sierra Leona.

41 David Tolbert, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Unforeseen Successes and Foreseeable Shortcomings", en *The Fletcher Forum of World Affairs,* 2002, Vol. 26(2), pp. 5-17, en p. 9.

42 Ralph Zacklin, "The Failings of Ad Hoc International Tribunals", en *Journal of International Criminal Justice,* 2004, Vol. 2, pp. 541-545.

43 David Tolbert, "The International Criminal Tribunal for the Former […]", p. 10; Erik Møse, "Main Achievements of the ICTR", en *Journal of International Criminal Justice,* 2005, Vol. 3(4), pp. 920-943.

44 Sobre estos tipos de cortes de carácter mixto ver: Sarah M.H. Nouwen, "Hybrid Courts: The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Court", en *Utrecht Law Review,* 2006, Vol. 2(2), pp. 190-214; Laura A. Dickinson, "The Promise of Hybrid

El 14 de agosto del 2000, el Consejo de Seguridad expresó en su Resolución 1315 su profunda preocupación por la situación de impunidad tras los graves crímenes cometidos en el territorio de Sierra Leona contra el propio pueblo del país, así como contra las Naciones Unidas y su personal asociado. En la misma resolución, el Consejo de Seguridad solicitaba al secretario general que negociase un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para crear una corte especial independiente. Se buscó, de este modo, establecer una suerte de Corte Internacional de carácter mixto entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona, para juzgar los crímenes que se habían cometido durante el conflicto armado entre el año 1991 y el 2002[45]. El elevado coste de los tribunales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda hizo que los miembros del Consejo de Seguridad excluyesen la posibilidad de establecer otro Tribunal *ad hoc* y prefiriesen uno de carácter mixto[46]. El acuerdo bilateral con el estatuto incluido en el anexo fue finalmente firmado en Freetown, capital de Sierra Leona, el 16 de enero del año 2002.

La competencia de la Corte Especial viene establecida en el artículo primero de su estatuto cuando se dice que puede enjuiciar a quienes tengan la mayor responsabilidad en la comisión de las serias violaciones de derecho internacional humanitario y del derecho de Sierra Leona, desde el 30 de noviembre de 1996. Los crímenes competencia de la Corte incluyen, de acuerdo con el artículo segundo del estatuto, crímenes contra la humanidad, violaciones del artículo tercero común a las Convenciones de Ginebra y al protocolo adicional, así como otras violaciones al derecho internacional humanitario. En el artículo quinto también se recoge la lista de crímenes cometidos contra el derecho de Sierra Leona, de los que conoce el Tribunal. Esto difiere de los tribunales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, que no tenían competencia sobre crímenes tipificados a nivel nacional. Si bien es cierto que tanto los tribunales de Sierra Leona como la Corte

---

Courts", en *The American Journal of International Law,* 2003, Vol. 97 (2), pp. 295-310. Para un análisis más exhaustivo ver: Sarah Williams, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues*, Oxford, Hart, 2012.

45 Sobre el establecimiento de la Corte y sus competencias ver: Celina Schocken, "The Special Court for Sierra Leone: Overview and Recommendations", en *Berkeley Journal of International Law,* 2002, Vol. 20, pp. 436-461; Micaela Frulli, "The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments", en *European Journal of International Law,* 2000, Vol. 11(4), pp. 857-869.

46 Lilian A. Barria y Steven D. Roper, "Providing Justice and Reconciliation: The Criminal Tribunals for Sierra Leone and Cambodia", en *Human Rights Review,* 2005, oct-dic, pp. 5-26, en p. 12.

Especial pueden conocer de estos crímenes, el artículo octavo otorga primacía a la Corte Especial.

La Corte ha terminado su trabajo con relativo éxito gracias, en gran parte, al enjuiciamiento del antiguo presidente de Liberia Charles Taylor, que fue condenado, en mayo del 2012, a cincuenta años de prisión y cuya condena fue confirmada por la Sala de Apelación, en septiembre del 2013. En el año 2006, el Consejo de Seguridad había autorizado que se trasladara a Charles Taylor para ser juzgado en la Haya, en los Países Bajos, y no en Freetown, Sierra Leona, como había sucedido en los demás casos[47]. Esto por la importancia del acusado y los problemas que podía acarrear su enjuiciamiento en Sierra Leona, al ser la primera vez que un antiguo jefe de Estado africano era juzgado frente a un tribunal internacional[48].

La actuación de la Corte ha dejado luces y sombras. Entre los puntos positivos cabe destacar la contribución de la jurisprudencia de la Corte para interpretar el significado de algunos crímenes de guerra, tales como el reclutamiento de menores[49] o el enjuiciamiento de algunos responsables por las atrocidades cometidas en el país. Sin embargo, y al mismo tiempo, se pude criticar el reducido número de personas juzgadas o los problemas que tuvo la defensa de los acusados, en ambos casos, por la falta de fondos disponibles para llevar a cabo su trabajo[50].

La Corte Penal Internacional

Es clara la contribución de los tribunales penales internacionales a la aplicación del DPI y, más en general, a la protección de los derechos humanos. Estos tribunales han hecho posible la aplicación del DPI a nivel mundial, algo que antes no era posible. Sin embargo, era evidente que la creación de estos tribunales *ad hoc* dependía de la existencia de una voluntad política por parte de la comunidad internacional (y, en particular, dentro del Consejo de Seguridad) y que en muchos casos ésta no se manifestaría. La consecuencia fue que en aquellos Estados en los que se cometieron crímenes internacionales, pero respecto a los cuales no existía deseo en el Consejo

47 SC Res. 1688 (2006).

48 Charles C. Jalloh, "Special Court for Sierra Leone: Achieving Justice?", en *Legal Studies Research Paper Series,* Working Paper No. 2010-31, pp. 395-460, en p. 411.

49 Sandesh Sivakumaran, "War Crimes before the Special Court for Sierra Leone Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments", en *Journal of International Criminal Justice,* 2010, Vol. 8(4), pp. 1009-1034.

50 Charles C. Jalloh, *op. cit.*

de Seguridad de establecer un tribunal penal internacional, el DPI no fue aplicado, los abusos de los derechos humanos no fueron castigados y prevaleció la impunidad[51]. Es evidente que lo que se necesitaba era un tribunal internacional que contara con una jurisdicción mundial para perseguir los crímenes internacionales, en el caso de que la ejecución interna no fuese posible. La respuesta a esta convocatoria fue la creación de la Corte Penal Internacional (CPI).

La Corte Penal Internacional fue establecida por el Estatuto de Roma y se firmó en 1998. Sin embargo, la Corte no entró en vigor hasta el 2002, cuando sesenta Estados habían ratificado el Estatuto.

El objetivo de esta sección del capítulo es identificar los rasgos definitorios del Estatuto de Roma y evaluar el aporte de la Corte Penal Internacional a la aplicación del DPI. A su vez, esto nos permitirá evaluar más ampliamente la contribución de la CPI en la protección de los derechos humanos fundamentales. En otras palabras, si la CPI no cuenta con los poderes necesarios para aplicar efectivamente el DPI, la protección de los derechos humanos (el propósito primordial del DPI) sufre directamente las consecuencias.

El éxito de la CPI depende claramente de que ésta posea una jurisdicción global. Sin embargo, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dado que se trata de una organización internacional establecida por un tratado, la CPI sólo obliga a los Estados que firmen y ratifiquen el Estatuto de Roma[52]. Es de reseñar que los Estados Unidos, Rusia y China, tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad, no han ratificado aún el Estatuto de Roma. Evidentemente, el hecho de que Estados tan poderosos no se hayan sometido a la jurisdicción de la CPI reduce seriamente su capacidad para hacer cumplir el DPI[53].

Por otra parte, establecer la jurisdicción de la CPI es aún más complejo. Varias disposiciones del Estatuto de Roma han tratado de ampliar la jurisdicción de la Corte más allá de los Estados que han ratificado el Estatuto. Por ejemplo, el artículo 12 dispone que cuando un crimen internacional es cometido por una persona que sea nacional de un Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma, la CPI todavía puede tener jurisdicción si el delito fue cometido en el territorio de un Estado que es parte del Estatuto de Roma. Por tanto, un nacional de un Estado que no haya ratificado el Estatuto podría estar sujeto a la jurisdicción de la Corte, si comete el

51 William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2011, Capítulo 1.

52 Artículo 34 de la Convención de Viena de 1969.

53 En cualquier caso, a fecha de 1 de julio del 2014, 122 países habían ratificado el Estatuto, lo cual denota una clara aceptación del mismo.

delito en un país que sí lo haya ratificado. Por lo tanto, el artículo 12 está claramente diseñado para ampliar la jurisdicción de la CPI y para facilitar su tarea de acabar con la impunidad. Dicho esto, la importancia de esta disposición se encuentra limitada por el artículo 98(2) del Estatuto de Roma, el cual parece, dependiendo de la interpretación que se haga del mismo, permitir que los Estados firmen acuerdos bilaterales con el Estado anfitrión para poder evadir la jurisdicción de la CPI. Los Estados Unidos, en particular, han firmado con frecuencia estos acuerdos bilaterales con el fin de evitar que ciudadanos estadounidenses sean llevados ante la CPI, en caso de ser acusados de cometer crímenes internacionales en el territorio de un Estado que es parte del Estatuto de Roma[54]. Además, el artículo 16 del Estatuto de Roma establece que cuando el Consejo de Seguridad utiliza los poderes señalados en el Capítulo VII, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, puede prevenir que la CPI inicie un proceso judicial por un periodo de hasta doce meses. Es importante destacar que este periodo puede ser renovado indefinidamente por el Consejo de Seguridad. Así que, aun si los acuerdos bilaterales no pueden ser pactados debido a la resistencia de los Estados partes, la jurisdicción de la CPI todavía se puede evitar con la intervención del Consejo de Seguridad. Un buen ejemplo de la aplicación del artículo 16 es la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad, la cual fue aprobada en julio del 2002. Esta resolución fue renovada en el 2003 y anulada en el 2004. La resolución otorgaba inmunidad respecto de la jurisdicción de la CPI al personal de los Estados no parte de la CPI que estuviera involucrado en misiones autorizadas por las Naciones Unidas. Una vez más, este poder limita la habilidad de la CPI para ejercer su jurisdicción, acabar con la impunidad y promover el respeto por los derechos humanos fundamentales[55].

Las implicaciones negativas que los artículos 98(2) y 16 tienen sobre la jurisdicción de la CPI son reducidas por el artículo 13(b), que ha demostrado ser una disposición de suma importancia en los últimos años. El artículo 13(b) dispone que la CPI puede ejercer su jurisdicción sobre los delitos que le han sido referidos por el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Así, siempre que exista un

54 Ver: Markus Benzing, "U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise on the Law of Treaties", en *Max Planck UNYB,* 2004, Vol. 8, p. 181.

55 Mohamed Zeidy, "The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and resolution 1422", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* 2002, Vol. 35, p. 1503.

acuerdo político en el Consejo de Seguridad, la CPI puede tener jurisdicción sobre una persona sospechosa de haber cometido un crimen internacional, independientemente de que no sea nacional de un Estado que es parte del Estatuto de Roma, o de que haya cometido el presunto delito en el territorio de un Estado que es parte del Estatuto de Roma. La importancia de este artículo se ve confirmada por las remisiones que el Consejo de Seguridad ha hecho a la CPI sobre la situación en Sudán (2005) y Libia (2011). Ninguno de estos Estados es parte del Estatuto de Roma.

Como revela el análisis anterior, en el contexto del establecimiento de la jurisdicción existe una clara tensión entre el mantenimiento de la soberanía estatal y la aplicación efectiva del DPI. Por un lado, diversas disposiciones del Estatuto de Roma sugieren que los redactores estaban determinados a maximizar la jurisdicción de la CPI. Por otro lado, la competencia jurisdiccional es erosionada por la posibilidad de firmar acuerdos bilaterales y el aplazamiento del Consejo de Seguridad.

También es muy importante dejar claro que el hecho de que la CPI tenga jurisdicción, ya sea porque el acusado es nacional de un Estado parte del tratado, o porque el presunto delito fue cometido en el territorio de un Estado parte, o porque el Consejo de Seguridad ha referido el asunto a la CPI, no significa que ésta tenga derecho a ejercer su jurisdicción. En efecto, la jurisdicción de la CPI no es automática sino "complementaria" a la jurisdicción de los tribunales nacionales[56]. Esto quiere decir que la persecución de los crímenes internacionales debe llevarse a cabo principalmente a nivel nacional. Ésta es, sin duda, una solución correcta. En primer lugar, desde una perspectiva puramente práctica, la CPI no puede ser responsable de la persecución de todos los crímenes internacionales. En segundo lugar, la justicia se encuentra mejor administrada cuando el juicio se lleva a cabo por las autoridades nacionales (en lugar de autoridades internacionales). Sin embargo, existe polémica en torno a las circunstancias en las que la CPI puede intervenir y asumir su responsabilidad para enjuiciar. En la terminología del Estatuto de Roma, es preciso analizar las circunstancias en las que la CPI puede determinar que un asunto es *admisible*.

En el artículo 17(1)(d) del Estatuto de Roma un caso sólo es admisible ante el tribunal cuando la Oficina del Fiscal (ODF) determina que el caso es de suficiente gravedad[57]. Es evidente que detrás de esta disposición existe una preocupación por los recursos con los que cuenta la Corte, ya que éstos

56 Artículo 1 del Estatuto de Roma.

57 Susana Sacouto y Katherine Cleary, "The Gravity Threshold of the International Criminal Court", en *American University International Law Review,* 2008, Vol. 23, p. 807.

no son suficientes para enjuiciar todos los delitos internacionales que no hayan sido tratados adecuadamente por las autoridades nacionales. Es por ello que el artículo 17(1)(d) nos dice que la CPI debería centrar sus recursos en la persecución de los crímenes internacionales *más graves*[58]. La ODF ha explicado que esto requiere un análisis de las circunstancias relacionadas con el delito en concreto que ha sido cometido (por ejemplo, el número de víctimas), pero también del estatus del sospechoso[59]. Lo que la ODF está diciendo es que los recursos de la CPI deben ser dirigidos hacia las personas que se encontraban en una posición de poder, como las que autorizan la comisión del delito o las que no toman ninguna medida para prevenirlo. Es evidente que, si el umbral establecido para el criterio de gravedad es demasiado alto, muchos crímenes internacionales serían inadmisibles ante la CPI. Evidentemente, esto tendría un impacto sumamente negativo sobre el poder de la CPI para aplicar el DPI. La esperanza es que la CPI establezca un estándar más bajo con el fin de garantizar que, cuando un crimen internacional haya sido cometido y las autoridades nacionales no puedan o no quieran enjuiciar, la Corte Internacional pueda intervenir y asegurar que el crimen no quede impune[60].

El artículo 17(1)(a) establece también que el caso será admisible ante la CPI cuando se haya demostrado que las autoridades nacionales no quieran o realmente no puedan llevar el caso. La jurisdicción de la CPI es, por tanto, complementaria a las jurisdicciones nacionales, a diferencia del TPIY y el TPIR, los cuales gozan de primacía sobre los tribunales nacionales. Los conceptos de incapacidad y falta de voluntad se encuentran elaborados en el artículo 17. El artículo 17(3) dispone que "[a] fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede

58 También el Preámbulo del Estatuto de Roma explica que la CPI fue establecida para asegurar que los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional [...] [no] queden impunes".

59 ICC, Office of the Prosecutor, *Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor,* 2003, en 7.

60 En el 2006, la ODF determinó que los presuntos delitos cometidos por las fuerzas británicas en Irak "no parecían cumplir con el umbral requerido por el Estatuto" y por eso era inadmisible. Esto fue así a pesar de que la ODF explicó que había "cuatro a doce víctimas de homicidio intencional y un número limitado de víctimas de tratos inhumanos"; Carta de Luis Moreno-Ocampo, Chief Prosecutor, ICC, Concerning the Situation in Iraq, 2006, en 8.

Con el debido respeto, éste es un hecho preocupante y parece fijar el umbral a un nivel bastante alto. El efecto directo, como ya hemos explicado, es impedir que la CPI combata la impunidad y castigue a los violadores de derechos humanos.

hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio". Por lo tanto, la incapacidad se refiere a la imposibilidad física de un Estado para llevar al acusado ante una autoridad judicial que funcione. El artículo 17(2) explica que la falta de disposición para actuar está presente en los casos en que:

> a) el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

El alcance exacto del término "falta de disposición para actuar" ha causado gran controversia dentro de la literatura académica. En particular, existe una controversia en relación con la permisibilidad de las amnistías en el marco del Estatuto de Roma[61]. En los últimos años, las amnistías han sido utilizadas con mayor frecuencia con el objetivo de ayudar a las sociedades a dejar atrás la violencia y alcanzar la paz y la reconciliación nacional. En efecto, las amnistías, o procesos similares, se han utilizado en el contexto de los crímenes internacionales[62]. La pregunta es si tales intentos *bona fide* de los gobiernos para perseguir la justicia restaurativa en vez de la justicia retributiva son admisibles bajo el artículo 17(2).

Hay personas que han sugerido que el uso de la palabra "realmente" en el artículo 17 indica que el concepto de falta de disposición para actuar solamente se aplica a aquellos actos (incluyendo las amnistías) que sean motivados por la mala fe[63]. Las amnistías implementadas de buena fe con

61 Ver, en general, Robert Cryer, "International Criminal Law", en M. Evans (ed.), *International Law*, 2010, p. 778.

62 Algunos ejemplos son las amnistías implementadas en Sudáfrica —después de la transferencia de poder del régimen de *apartheid* al democráticamente electo Congreso Nacional Africano— y en Uganda en el 2000.

63 T. Clark, "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties and the 'Interests of Justice': Striking a Delicate Balance", en *Washington University Global Studies and Law Review,* 2005, Vol. 4, p. 389.

el fin de buscar una paz social más amplia no deberían, desde este punto de vista, ser admisibles ante la CPI[64]. Sin embargo, tal interpretación perjudicaría seriamente la capacidad de la CPI para aplicar el DPI y proteger los derechos humanos. Existe discrepancia en torno a esta cuestión dado que el enfoque de la fiscalía debería ser poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales. Esto es particularmente cierto si se tiene en cuenta que un caso solamente será admisible ante la CPI cuando sea de una gravedad suficiente para justificar la aplicación de los recursos de la misma. En casos de crímenes internacionales graves es posible considerar que la protección de los derechos humanos y la disuasión de violaciones futuras podrían alcanzarse de manera más eficaz cuando la ODF rechaza el uso de amnistías, con independencia de que se implementen de buena fe, aunque esto puede requerir, en cualquier caso, un análisis caso por caso de la situación concreta de cada país.

Conclusión

Indiscutiblemente, la finalidad primordial del DPI es proteger y promover los derechos humanos. En otras palabras, el DPI advierte a aquellos individuos que contemplen cometer graves violaciones contra los derechos humanos, que tales actos serán castigados como crímenes internacionales. Sin embargo, como hemos visto, durante la Guerra Fría el DPI era aplicado de manera inadecuada y caprichosa. Sin una aplicación efectiva, el DPI se convirtió en una doctrina, en gran parte, redundante, la cual perdió prácticamente todo su efecto disuasorio. Como hemos señalado, la razón era que la comunidad internacional fue reacia a desarrollar mecanismos de aplicación del DPI, porque esto resultaría en la intervención directa en los asuntos internos de los Estados soberanos. Dado que el principio de la soberanía estatal era frecuentemente utilizada como la base constitucional de la comunidad internacional, no es sorprendente que la protección de la *domaine reserve* de los Estados tuviera prioridad sobre la aplicación del DPI.

Con el fin de la Guerra Fría y la ascendencia de los derechos humanos en la jerarquía normativa de la comunidad internacional, el DPI fue concebido como un vehículo para proteger mejor los mismos. Así se establecieron mecanismos internacionales entre los cuales se destacan el TPIY, el TPIR y, más recientemente, la CPI. Como hemos señalado, la entrada en vigor de

64 Ver, por ejemplo, Max Pensky, "Amnesty on Trial: Impunity, Accountability, and the Norms of International Law", en *Ethics and Global Politics*, 2008, p. 1; y Thomas Clark, *op. cit.*

la Corte Penal Internacional, en el 2002, ha anunciado una nueva era en la aplicación del DPI. Sin embargo, esto no quiere decir que el marco jurídico de apoyo a la CPI carezca de problemas. Como hemos demostrado, varias características del Estatuto de Roma son problemáticas y pueden frustrar el papel de la CPI como una organización diseñada para mejorar la protección de los derechos humanos fundamentales en el orden mundial. A pesar de estas críticas, la CPI es un gran logro y puede actuar como un importante factor disuasorio para aquellos que estén considerando cometer graves abusos contra los derechos humanos[65]. Se preguntaba Dostoievsky en *Los hermanos Karamazov* por la importancia de la existencia de Dios. ¿Para qué sirve que exista Dios? Para que no todo esté permitido, se respondía. ¿Para qué sirve por tanto que exista la CPI? Para que no todo esté permitido, se podría responder también. Simplemente con que cumpla con dicho propósito se habrá producido un gran avance en el derecho internacional y en la protección de los derechos humanos a nivel mundial.

Bibliografía

Andre Andries, "Les aléas juridiques de la création du Tribunal international pour les crimes de guerre commis depuis 1991 sur le territoire de l'ex-Yougoslavie", en *Journal des Procès*, 1993, No. 239.

Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1955.

Antonio Remiro Brotóns, "Crimen de agresión, crimen sin castigo", en *Política Exterior,* 2005, Vol. 108, noviembre/diciembre.

__ *El caso Pinochet: los l*ímites de la *impunidad*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.

Antonio Truyol y Serra, *La Sociedad Internacional*, Madrid, Alianza Universidad, 1974.

Benjamin Barber, *Fear's Empire: War, Terrorism and Democracy*, Nueva York y Londres, W. W. Norton, 2003.

Brian Frederking, *The United States and the Security Council: Collective Security since the Cold War*, Nueva York, Routledge, 2007.

Bruno Simma y Andreas Paulus, "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View", en *American Journal of International Law,* 1999, Vol. 93.

65 Como explica Human Rights Watch, los desarrollos en el DPI (en particular la creación de la CPI) significan que "los futuros dictadores pensarán dos veces antes de cometer nuevas masacres como hicieron sus predecesores"; Human Rights Watch, *World Report 2001: Events of 2000* (2001).

Chris Brown, "'Really Existing Liberalism' Peaceful Democracies and International Order", en R. Fawn y J. Larkins (eds.), *International Society after the Cold War: Anarchy and Order Reconsidered,* 1996.

Celina Schocken, "The Special Court for Sierra Leone: Overview and Recommendations", en *Berkeley Journal of International Law,* 2002, Vol. 20.

Cesáreo Gutiérrez Espada, *El uso de la fuerza y el derecho internacional después de la descolonización*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998.

Charles C. Jalloh, "Special Court for Sierra Leone: Achieving Justice?", en *Legal Studies Research Paper Series,* Working Paper No. 2010-31.

Christian Tomuschat, "The Legacy of Nuremberg", en *Journal of International Criminal Justice,* 2006, Vol. 4.

David Tolbert, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Unforeseen Successes and Foreseeable Shortcomings", en *The Fletcher Forum of World Affairs,* 2002, Vol. 26(2).

Eric David, *Principes de Droit des Conflits Armes*, décimo segunda edición, Bruselas, Bruylant, 1999.

Erik Møse, "Main Achievements of the ICTR", en *Journal of International Criminal Justice,* 2005, Vol. 3(4).

Eulalia W. Petit de Gabriel, "La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)", en J.A. Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

Francis Fukuyama, "The End of History", en *National Interest,* 1989, Vol. 16.

Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order,* Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

GA Res. 44/39, diciembre 4 de 1989.

GA Res. 489 (v), diciembre 12 de 1950.

George Ginsburgs y V.N. Kudriavtsev, *The Nuremberg Trial and International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

Georg Schwarzenberger, "The Judgement of Nuremberg", en *Tulane Law Review,* 1947, Vol. 21.

Hans Kelsen, "Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", en *The International Law Quarterly,* 1947, Vol. 1(2).

Herman von Hebel, "An International Criminal Court: A Historical Perspective", en H. von Hebel, J.G. Lammers y J. Schukking (eds.), *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2002.

__ "An International Tribunal for the Former Yugoslavia; An Act of Powerlessness or a New Challenge for the International Community?, en *Netherlands Quarterly of Human Rights,* 1993, Vol. 11(4).

Human Rights Watch, World Report 2000.

Immi Tallgren, "The Sensibility and Sense of International Criminal Law", en *European Journal of International Law,* 2002, Vol. 13.

Jacques-Bernard Herzog, *Nuremberg, un échec fructueux?*, París, L.G.D.J., 1975.

James Crawford, *The Creation of States in International Law,* 2006.

James O´Brien, "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", en *AJIL*, 1993, Vol. 87(4).

James Watson, *Theory and Reality in the International Protection of Human Rights,* 1999.

Juan Antonio Yáñez-Barnuevo, "Hacia un tribunal de la humanidad: la Corte Penal Internacional", en J. Cardona Llorens (ed.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, Vol. V.

Juan Bautista Delgado Cánovas, *Análisis crítico de la legalidad de la creación por las Naciones Unidas de un Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, Granada, Editorial Comares, 2000.

Kirsten Sellars, "Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo", en *The European Journal of International Law,* 2011, Vol. 21(4).

Laura A. Dickinson, "The Promise of Hybrid Courts", en *The American Journal of International Law,* 2003, Vol. 97(2).

Lilian A. Barria y Steven D. Roper, "Providing Justice and Reconciliation: The Criminal Tribunals for Sierra Leone and Cambodia", en *Human Rights Review,* 2005, octubre-diciembre.

Mahmood Mamdani, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

Mahmoud Cherif Bassiouni, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", en *Law and Contemporary Problems,* 1996, Vol. 59(4).

__ "Nuremberg Forty Years after: An Introduction", en *Case Western Reserve Journal of International Law,* 1986, Vol. 18.

María Isabel Lirola Delgado y Magdalena M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional: justicia* versus *impunidad*, Barcelona, Ariel Derecho, 2001.

Markus Benzing, "U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise on the Law of Treaties", en *Max Planck UNYB,* 2004, Vol. 8.

Max Pensky, "Amnesty on Trial: Impunity, Accountability, and the Norms of International Law", en *Ethics and Global Politics*, 2008.

Micaela Frulli, "The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments", en *European Journal of International Law,* 2000, Vol. 11(4).

Michael Ignatieff, *Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights*, Praemium Erasmianum Essay, 1999.

Mohamed Zeidy, "The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and Resolution 1422", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* 2002, Vol. 35.

Payam Akhavan, "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?", en *American Journal of International Law,* 2001, Vol. 95.

Ralph Zacklin, "Some Major Problems in the Drafting of the ICTY Statute", en *Journal of International Criminal Justice,* 2004, Vol. 2.

__ "The Failings of Ad Hoc International Tribunals", en *Journal of International Criminal Justice,* 2004, Vol. 2.

Richard Falk, *On Humane Governance: Towards a New Global Politics*, University Park, Pennsylvania State University Press, 1995.

Robert Cryer, "International Criminal Law", en M. Evans (ed.), *International Law*, 2010.

Russell Buchan, "A Clash of Normativities: The International Society and the International Community", en 10 *International Community Law Review,* 2008, Vol. 10.

Sandesh Sivakumaran, "War Crimes before the Special Court for Sierra Leone Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments", en *Journal of International Criminal Justice,* 2010, Vol. 8(4).

Sarah M.H. Nouwen, "Hybrid Courts: The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Court", en *Utrecht Law Review,* 2006, Vol. 2(2).

Sarah Williams, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues*, Oxford, Hart, 2012.

SC Res. 1688 (2006).

Stuart Kaufman, *Modern Hatreds: The Symbolic Politics of Ethnic War*, Nueva York, Cornell University Press, 2001.

Susana SaCouto y Katherine Cleary, "The Gravity Threshold of the International Criminal Court", en *American University International Law Review,* 2008, p. 807, Vol. 23.

Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials, a Personal Memoir*, Boston, BackBay Books, Little, Brown and Company, 1992.

Thomas Clark, "The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties and the 'Interests of Justice': Striking a Delicate Balance", en *Washington University Global Studies and Law Review,* 2005, Vol. 4.

William A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Yves Sandoz, "The History of the Grave Breaches Regime", en *Journal of International Criminal Justice,* 2009, Vol. 7(4).

TERCERA PARTE

Economía y derecho internacional

CAPÍTULO II

El TLC con los Estados Unidos: Redefiniendo los límites del debate[1]

Helena Alviar García

El debate en torno a la entrada en vigencia del tratado de libre comercio entre los Estados Unidos y Colombia se ha centrado en aspectos generales que impiden analizar adecuadamente los efectos económicos y jurídicos que éste tendrá. Así, se ha dicho que el TLC promoverá la inversión nacional y extranjera[2], que volverá al Estado más eficiente[3], que dada nuestra posición geográfica nos convertiremos en un puente entre América Latina, Estados Unidos y Canadá[4].

Para otros, el tema no debe tomarse con tanto optimismo, pues únicamente nos pone en igualdad de condiciones con Chile, Perú y los países de Centroamérica que ya tienen un acuerdo[5]. Otros escépticos señalan que

1 La autora agradece la invaluable ayuda de Juan José Ferro Hoyos en la elaboración de este texto.

2 Diario *Portafolio,* "Beneficios del TLC entre Colombia y Estados Unidos". En: http://www.portafolio.co/negocios/beneficios-del-tlc-colombia-y-estados-unidos

3 En palabras de Carlos Caballero Argáez, "Los colombianos requerimos urgentemente la 'ducha de agua fría del TLC y muchos otros duchazos helados para ver si reaccionamos y se pone a funcionar al Estado; de otra manera, no lo va a mover nadie". Diario *El Tiempo,* columna de opinión de Carlos Caballero Argáez: "¿Por qué no cambiar una realidad inaceptable?". En: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/cms-10612045

4 De acuerdo con una noticia publicada en *El Tiempo:* "El TLC sirve para que se creen nuevos espacios a la hora de hacer negocios, con lo cual ambas partes acaban ganando. En el caso colombiano, es de esperar que vengan más inversiones directas, orientadas a aprovechar el potencial exportador del país y el acceso privilegiado a América del Norte que tenemos, pues el puente que lleva a Estados Unidos y Canadá es cada vez más sólido". Diario *El Tiempo*, "El fin de la espera". En: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10499390

5 En palabras de Alejandro Gaviria: "El TLC no es la panacea. Apenas nos pone en igualdad de condiciones con Chile, Perú y los países centroamericanos". Diario *El Espectador,*

el TLC no hará mucha diferencia en el contexto local[6] y que, en últimas, el acuerdo traerá grandes costos y pocas oportunidades. Incluso algunos son más críticos en términos de oportunidades económicas pues "El TLC implica grandes costos y pocas oportunidades"[7].

La posición de la izquierda colombiana ha sido muy clara en su oposición al tratado. Al respecto, uno de sus voceros más representativos, Jorge Enrique Robledo, ha dicho que el TLC es un proyecto neocolonial[8].

Este capítulo intenta aportar dos dimensiones que han estado ausentes del debate. Estas dos dimensiones permitirán entender las diferencias ideológicas que irradian la discusión, así como los efectos diferenciados que sobre la legislación local tiene el acuerdo. En últimas, mi meta es mostrar cómo el marco teórico determina la manera como se interpretan los tratados de libre comercio en términos de las bondades o defectos, las herramientas que se emplearán, los beneficios en términos de desarrollo económico y las limitaciones que se generarán sobre la regulación nacional.

Para lograr estos objetivos, este capítulo tendrá el siguiente orden. En primer lugar, presentaré las diferentes posiciones teóricas que se enfrentan cuando se discuten los efectos del libre comercio. Dos conclusiones se derivan de esta sección. Por un lado, que nuestro marco ideológico determina la manera como se interpretan los efectos del tratado, tanto en términos puramente económicos, como en lo social y lo ambiental. De otra parte, se demostrará cómo las posiciones antagónicas pierden de vista que el acuerdo tiene efectos diferenciados según el sector del que estemos hablando y que al mismo tiempo reconfigura muchos temas del derecho colombiano. En la segunda sección me concentro en explicar mejor esta idea y presento algunos ejemplos que ilustran la reconfiguración del derecho colombiano en su encuentro con el TLC.

"Cuestión de Principios", columna de opinión publicada el 16 de octubre del 2011. En: http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-305689-cuestion-de-principios

6 Según César Rodríguez: "Es muy probable que las normas del TLC no contribuyan de manera significativa a elevar el nivel de cumplimiento de los compromisos nacionales e internacionales de Colombia en relación con los derechos laborales. César Rodríguez Garavito, *Revista de Estudios Sociales.* En: http://res.uniandes.edu.co/view.php/519/***

7 Jorge Pulecio, *Revista de Estudios Sociales.* En: http://res.uniandes.edu.co/view.php/519/*

8 En palabras de Robledo, "El TLC con Estados Unidos es lo más malo que le ha ocurrido a Colombia luego de la independencia de España, el 7 de agosto de 1819 […]. El TLC re-coloniza a Colombia". Jorge Enrique Robledo, "TLC con Estados Unidos: lo peor para Colombia en 192 años". En: http://www.moir.org.co/TLC-con-Estados-Unidos-lo-peor.html

El debate teórico

En esta primera parte describiré los fundamentos teóricos que por un lado han justificado y por el otro atacado el libre comercio. En un extremo están los liberales clásicos, quienes defienden una idea ortodoxa[9] de la ventaja comparada. Para este grupo de teóricos, el libre comercio es fundamental para promover el desarrollo económico y el progreso de todas las naciones. En el medio están los liberales intervencionistas[10], un grupo de académicos —abogados y economistas— así como de diseñadores de políticas públicas, quienes aún tienen fe en las bondades y beneficios de la teoría de la ventaja comparada, pero que, sin embargo, se preocupan por los tipos de bienes que una nación produce y las consecuencias que esto trae a nivel internacional. En este orden de ideas, los liberales intervencionistas promueven temporalmente el proteccionismo y la sustitución de importaciones, así como la integración regional, entre países con similares niveles de desarrollo. Finalmente, en el otro extremo están los teóricos de la dependencia[11], quienes consideran que el libre intercambio entre las naciones subdesarrolladas y desarrolladas es intrínsecamente desigual, razón por la cual consideran que las mejores políticas son la nacionalización de algunos sectores de la economía, la protección de la industria nacional, así como la integración regional y mundial exclusivamente entre países subdesarrollados.

Luego haré un análisis de los principales argumentos de quienes defienden y de quienes atacan el Tratado de Libre Comercio y relaciono estos argumentos con el análisis teórico que he descrito.

Como mencioné anteriormente, el debate en torno a la integración y el libre comercio se mueve entre dos polos ideológicos: por una parte los que lo defienden como concepto absoluto, los que son cautelosos en cuanto a su

9 Por ortodoxa me refiero a la versión más simple y directa de la ventaja comparativa tal y como fue planteada por David Ricardo, a principios del siglo XIX. En esta versión, lo que importa es que un país se especialice en la producción eficiente de un bien, sin entrar a analizar los determinantes históricos que llevaron a esa especialización, así como las bondades o problemas que puede traer la especialización en la producción del mismo. "Un país tiene ventaja comparativa en la producción de un bien si el costo de oportunidad en la producción de este bien en términos de otros bienes es inferior en este país de lo que es en otros países". Paul R. Krugman y Maurice Obstfeld, *Economía Internacional: Teoría y Política,* McGraw Hill, 1999, p. 12.

10 Un teórico representativo de este grupo es el argentino Raúl Prebisch, *El desarrollo económico de América Latina y sus problemas principales*, Naciones Unidas, 1950.

11 Entre los teóricos más representativos de la teoría de la dependencia están el ex presidente de Brasil Fernando Enrique Cardoso y Enzo Faletto, *Dependencia y desarrollo en América Latina,* Siglo XXI, 1976.

configuración y efectos, y los que se oponen al mismo. Si se hiciera una interpretación histórica de la evolución del concepto de libre comercio, se podría decir que a nivel internacional se ha pasado de una defensa absoluta de las bondades de la ventaja comparativa —periodo que en América Latina cubriría la época de la Independencia hasta la década de 1930—, pasando por un lapso proteccionista —periodo que iría variando en intensidad, pero que empezaría en 1930 y terminaría a finales de 1980—, luego los años noventa y primeros años del 2000, en que se retoma la defensa del libre comercio[12], y los últimos años, en los que la discusión en torno a los beneficios del proteccionismo ha retomado fuerza[13]. En mi opinión, esta evolución histórica es importante para entender qué ideas han sido predominantes en determinados momentos. Sin embargo, y como lo demostraré cuando describa el debate en Colombia, las versiones contemporáneas del liberalismo clásico, el intervencionista y la teoría de la dependencia están presentes.

La ortodoxia en torno al libre comercio y la integración

En este orden de ideas, la integración se refiere a un tipo de política económica que busca alcanzar el desarrollo. A esta discusión se le puede hacer un seguimiento desde el surgimiento en la ciencia económica, el debate alrededor de la ventaja comparada[14]. Esta teoría establece que el intercambio sin restricciones[15] beneficia a todos los países, pues cada nación se especializa

12 Victor Bulmer Thomas, *La historia económica de América Latina desde la Independencia*, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 26.

13 Dani Rodrik y Francisco Rodríguez, "Trade Policy and Economic Growth. A Skeptic´s Guide to Cross-National Evidence", en *NBER Macroeconomics Manual,* 2000*,* Vol. 15. En las conclusiones de su trabajo los autores señalan "La tendencia a sobredimensionar la evidencia sistemática a favor de la apertura del comercio ha tenido una influencia sustantiva sobre la política alrededor del mundo […]. Los efectos de la liberalización comercial pueden a la larga ser benéficos en términos de ventajas comparativas estándar; la evidencia no nos da elementos para discutir esto. Lo que cuestionamos es la visión, crecientemente común, de que la integración a la economía mundial es una fuerza tan poderosa que puede sustituir efectivamente una estrategia de desarrollo". *(traducción de la autora)*

14 La teoría de la ventaja comparativa fue desarrollada por Ricardo a principios del siglo XIX y ha sido fundamental en el desarrollo de la teoría del comercio internacional desde entonces.

15 Por restricciones se entienden las barreras arancelarias y no arancelarias. Las barreras arancelarias son impuestos exigidos cuando un bien es importado, la consecuencia del arancel es incrementar el costo de trasladar los bienes a un país. Las barreras no arancelarias son medidas que los Estados toman para proteger su industria nacional, entre ellas se encuentran las cuotas de importación (establecer un tope a la cantidad de importaciones) y restricciones a la importación (establecer un tope sobre la cantidad de exportaciones, normalmente impuestas

en aquellos bienes que produce de una manera más eficiente y a menor costo que las naciones con las que podría intercambiar. Como consecuencia, cada país se especializa en la producción de bienes sobre los cuales tiene una ventaja comparada.

Adicionalmente, en lugar de gastar recursos en la fabricación de productos para los cuales no tiene los instrumentos, el conocimiento o los materiales, los importa de países que los producen mejor y a menor costo. De esta manera, intercambiará los bienes que produce eficientemente con aquellos bienes que otras naciones producen más eficientemente. Al final, por medio del libre comercio, todas las naciones encontrarán que sus oportunidades de consumo han sido ampliadas debido a la especialización y el intercambio.

Las críticas "optimistas" a la teoría de la ventaja comparada y al libre comercio

Han existido muchas críticas a la teoría de la ventaja comparada y la conclusión de libre comercio que conlleva. La teoría de la ventaja comparada asume que los factores de producción —los recursos naturales, la tierra, el trabajo y el capital— permanecen iguales, que todas las naciones tienen la capacidad de producir todos los bienes, que el valor de cualquier importación puede encontrar su equivalente en el valor otorgado a los bienes exportados y que no hay distorsiones a los precios —distorsiones que se pueden presentar por los monopolios, por la falta de homogeneidad en los productos, o por falta de información[16]—. La experiencia ha mostrado como todos los supuestos anteriores difícilmente se configuran en la práctica.

Por otra parte, como ha sido comprobado por diversos estudios realizados desde principios del siglo XX[17], no es lo mismo exportar productos primarios que exportar manufacturas. Los precios de los bienes primarios son más volátiles y tienden a deteriorarse en relación con los precios de los bienes manufacturados. Este deterioro se traduce en que los países menos desarrollados deben exportar cada vez más y más productos primarios para

---

por el país exportador previa solicitud del país importador). Para un análisis detallado de las barreras arancelarias y no arancelarias ver: Paul R. Krugman y Maurice Obstfeld, *Economía Internacional: Teoría y Política,* McGraw Hill, 1999, capítulo 8.

16 Para un análisis detallado de las críticas a la teoría de la ventaja comparada ver: Joel Paul, "Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development?", en 44 *Virginia Journal of International Law*, 2003.

17 Uno de los estudios más influyentes fue el que adelantó Raúl Prebisch. Muchas de sus ideas principales se encuentran en: Raúl Prebisch, "Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano", Informe a la Cepal, 1963.

obtener la misma cantidad de productos manufacturados. La mayoría de los países subdesarrollados hoy en día se concentran en la exportación de productos primarios y el precio de estos productos no se ha incrementado significativamente, de acuerdo con cifras de la OMC del 2002[18].

La solución a estos problemas relacionados con la concentración natural de los países subdesarrollados en la exportación de bienes primarios es lograr disminuir la dependencia en la importación de manufacturas —la política de sustitución de importaciones[19]—. En este sentido, esta teoría es optimista, pues considera que si los países se dedican a la sustitución de importaciones y a promover el desarrollo de manufacturas para el consumo interno y la exportación, llegará un momento en el cual el libre comercio se podrá retomar en condiciones más equilibradas entre los países.

Teoría de la dependencia o las críticas "pesimistas" a la teoría de la ventaja comparativa y al libre comercio

La teoría de la dependencia[20] es una versión radical que toma la división entre países del centro y países de la periferia y la lleva a sus conclusiones más extremas, por esto es pesimista. Según este grupo de académicos y políticos, la división entre los países se debe entender dentro de un proceso global en el cual el centro es la causa y la periferia su consecuencia. De esta manera, el destino de los países subdesarrollados es exportar productos primarios e importar productos manufacturados. Esta situación se debe a factores históricos que han determinado y siguen determinando los términos de intercambio. En este sentido, el subdesarrollo no es un estado económico anterior al desarrollo, es un producto del sistema capitalista internacional y de la división del trabajo que viene con la misma.

18 "De acuerdo con la OMC, en el periodo que va de 1990 al 2000, los precios de exportación de los productos primarios cayeron varias veces —en algunas ocasiones hasta en un 14%— y al final de estos diez años los productos primarios tenían el mismo valor del comienzo". Joel Paul, "Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development?", en *Virginia Journal of International Law,* 2003, Vol. 44.

19 La sustitución de importaciones es una estrategia que consiste en fomentar la industria nacional mediante la limitación de las importaciones de bienes manufacturados.

20 Aunque existen teóricos de diferentes regiones que defendieron esta teoría, uno de sus principales exponentes fue Fernando Henrique Cardoso quien, en el año 1969, cuando aún se desempeñaba como profesor universitario, publicó, junto a su compatriota Enzo Faletto, un libro titulado *Dependencia y desarrollo en América Latina. Ensayo de interpretación sociológica*. Sin embargo, se sostiene ampliamente que, una vez en la política, sus decisiones se alejaron de los postulados teóricos que hasta entonces había defendido. Hoy se le reconoce como el iniciador de las reformas promercado que han contribuido al desarrollo del Brasil.

La teoría de la dependencia considera que el principal obstáculo al desarrollo es la desigualdad en las relaciones internacionales. Como consecuencia, es imposible establecer relaciones comerciales o de intercambio con los países desarrollados, pues la desigualdad es estructural a esta relación. Lo importante es eliminar todos los factores de dependencia con los países industrializados y lograr el intercambio con países que tengan características históricas y de desarrollo comunes. De esta forma, los teóricos de la dependencia promueven exclusivamente la integración regional y entre países del Tercer Mundo.

Argumentos a favor y en contra del TLC

En Colombia ha habido todo tipo de argumentos dispersos a favor y en contra del TLC. Como lo dije al comienzo, enmarcar los argumentos dentro de un debate teórico entre escuelas económicas organiza la discusión y permite afrontar las controversias de manera más compleja y más comprensiva de las diferentes dimensiones del acuerdo. En este apartado del capítulo en curso, se explorarán, entonces, los argumentos que han sido esgrimidos de manera habitual a favor y en contra del TLC, bajo el enfoque teórico propuesto en la primera parte.

Argumentos habituales a favor del TLC

Los argumentos que los intervinientes en el debate colombiano sobre el TLC aducen a favor del mismo son de aquellos que normalmente defenderían los liberales ortodoxos, aunque algunos expertos en esta línea han tomado la aprobación del TLC con algo de cautela.

Por obvias razones, quien más entusiasmo ha mostrado es el presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, quien señaló que el tratado es un hito histórico[21] y una oportunidad para la modernización del país a través de la generación de empleo, producto del aumento de las exportaciones[22]. Algunos economistas, como Alejandro Gaviria y Alberto Carrasquilla, cuestionaron

21 Juan Manuel Santos, "Discurso del Presidente sobre la aprobación del TLC entre Colombia y Estados Unidos". En: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Octubre/Paginas/20111012_07.aspx

El presidente Santos señaló que "[el tratado es el] más importante que hemos firmado en nuestra historia".

22 Santos, en el discurso citado: "Llegó el momento de pensar en grande y de trabajar para tener una implementación exitosa de este tratado". De igual forma presentó los cálculos del Gobierno sobre los posibles efectos del tratado: "Con este tratado generaremos por lo

la posibilidad de medir efectivamente los cambios que traerá el TLC para Colombia, señalando que dichos cálculos presentan obstáculos metodológicos insalvables[23]. Otros consideraron que, independiente de la valoración que se haga del acuerdo, los cambios que traerían son menores[24].

Los analistas que escriben en los principales medios de comunicación del país han recibido la aprobación del TLC con una alta dosis de optimismo. En primer lugar, dicen que el TLC generará un mayor desarrollo económico sostenido que redundará en bienestar para los productores y para el pueblo en general. De hecho, uno de los más importantes promotores del acuerdo, Alberto Carrasquilla, ha señalado que los grandes ganadores serán los consumidores[25]. Muchos han resaltado también que el tratado constituye una enorme oportunidad para los productores colombianos pues abre a los productos nacionales un enorme mercado potencial[26].

En efecto, y de acuerdo con sus defensores, la entrada en competencia de los productos nacionales buscará potenciar su ventaja comparada en relación con los otros países. Así se promoverá la innovación tecnológica[27],

---

menos 250.000 nuevos puestos de trabajo. Con el TLC aumentarán nuestras exportaciones, se calcula que mínimo en un 6%".

23 Gavira, *art. cit.* "El efecto del TLC es incuantificable. Depende de muchas cosas imposibles de prever, del surgimiento de nuevos negocios, por ejemplo".

24 Diario *El Espectador,* Salomon Kalmanovitz, "Se viene el TLC con Estados Unidos", columna de opinión publicada el 9 de octubre del 2011. En su columna Kalmanovitz señaló que "El TLC no cambia mucho el curso de nuestro destino".

25 Diario *El Tiempo,* "El TLC con Estados Unidos: ¿Para quién es bueno?, ¿Para quién es malo?", entrevista a Alberto Carrasquilla, publicada el 18 de octubre del 2011.

Sostiene el exministro que "los primeros beneficiarios son los consumidores […] Abrir el comercio internacional tiene efectos muy positivos por la vía de efectos al consumidor". Incluso se señala que: "En todos los segmentos de la economía los consumidores tendrán mayores opciones en términos de calidad y precio, con lo cual se incrementará el poder adquisitivo de los colombianos".

26 Jorge Humberto Botero, quien encabezó durante varios años el equipo negociador, señala que el TLC: "Producirá una transformación fundamental en las estructuras de producción y consumo de nuestro país. Se abren muchas puertas, pues casi el 99% de los productos colombianos tendrán acceso franco a Estados Unidos y de allá podrán traer el 81% de su canasta potencial". Diario *El Colombiano,* "El TLC, palanca que necesita un apoyo", publicado el 13 de octubre del 2011. En: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/el_tlc_palanca_que_necesita_un_apoyo_botero/el_tlc_palanca_que_necesita_un_apoyo_botero.asp

27 La innovación tecnológica prosperará debido a dos factores: 1) la competencia con productos extranjeros obligará al desarrollo de nuevas tecnologías para lograr la competitividad de los productos domésticos; 2) el Estado deberá forzosamente asumir un patrocinio importante para el desarrollo de la ciencia y la investigación en el país, para poder hacerle frente adecuadamente a la competencia norteamericana. Se prevé, entonces, la creación de fondos para la ciencia, de inversiones en investigación y desarrollo de tecnologías, de exenciones tributarias para quienes realicen investigaciones, etc. Este último argumento es

se ampliará el mercado para los productos nacionales, se generarán empleos con salarios más altos y se promoverá la entrada masiva de inversión extranjera. Por otra parte, y desde el punto de vista del consumidor, el TLC asegurará productos mejor terminados y con costos (y precios) más bajos, lo que redundará en ahorro doméstico e inversión local.

Adicionalmente, la liberalización de mercados también mejorará la calidad de vida general de todos los ciudadanos, pues obligará al Estado a realizar tareas que por muchos años estuvieron pendientes. El principal ejemplo es, sin duda, la infraestructura de transporte que, como lo han señalado analistas[28], organizaciones gremiales[29] y el propio Gobierno[30], deberá mejorarse para aprovechar al máximo el tratado. El TLC es visto, enton-

---

extrapolado hasta llegar a decir que el régimen proteccionista de la propiedad intelectual es incluso ventajoso para Colombia (uno de los puntos más criticados por los detractores del TLC), puesto que, como la ciencia y la tecnología se verán forzosamente desarrolladas, los científicos colombianos también tendrán interés en proteger sus propias creaciones en los mercados internacionales.

28 Gaviria, *art. cit.* "El tratado es una razón para construir, de una vez por todas, las carreteras que nos conecten con el mundo […] Los opositores del TLC argumentan que la falta de infraestructura es un escollo insuperable, una razón para desechar el tratado. Pero su lógica es confusa. La mala infraestructura constituye una forma eficaz de proteccionismo, una manera indirecta de restarle relevancia al tratado, de entorpecer tanto las exportaciones como las importaciones. Sin quererlo, involuntariamente, Andrés Uriel Gallego contribuyó a la causa proteccionista. El MOIR debería rendirle un homenaje. En fin, la mala infraestructura no es una razón para oponerse al TLC. Más bien, el tratado es una razón para construir, de una vez por todas, las carreteras que nos conecten con el mundo".

29 La Cámara Colombiana de Infraestructura ha dicho que "superar la firma del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos es el mejor pretexto para reducir los rezagos en infraestructura, y rematar bien la faena en lo que tiene relación con los accesos a los puertos y la consolidación de un sistema multimodal de transporte (vías, ferrocarriles y ríos navegables, debidamente articulados)". Diario *El Nuevo Siglo,* "Atraso en infraestructura, flanco débil de los TLC". Así mismo, el Departamento Nacional de Planeación ha citado a la CCI: "La Cámara Colombiana de Infraestructura, CCI, indica al respecto que 'superar la firma del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos es el mejor pretexto para reducir los rezagos en infraestructura, y rematar bien la faena en lo que tiene relación con los accesos a los puertos y la consolidación de un sistema multimodal de transporte (vías, ferrocarriles y ríos navegables, debidamente articulados)'". Argumenta la CCI que los costos logísticos y de transporte de las empresas en el país son especialmente elevados, precisamente, en razón de la ausencia de sistemas logísticos y multimodales, que faciliten en términos de precios competitivos, la movilización de mercancías para el comercio exterior. Señalan que la Cámara siempre coincidió con la tesis de que no había que retrasar la firma del TLC por cuenta del déficit en infraestructura, sino por el contrario, utilizar el Tratado como pretexto para "apurar el paso" en estas materias. En: http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/10-2011-atraso-en-infraestructura-flanco-d%C3%A9bil-de-los-tlc.html

30 "La producción industrial, el transporte a puertos y aeropuertos, las exportaciones e importaciones, el fomento de la inversión extranjera y la protección a los consumidores son los retos inmediatos del país para la entrada en vigencia del TLC con Estados Unidos".

ces, como una enorme oportunidad para todos los sectores de la economía colombiana.

Ahora bien, los liberales intervencionistas también se encuentran representados en el debate local. Para éstos, los tratados deben ser apoyados por medidas estatales activas que regulen y suavicen los efectos que la entrada de ciertos productos tendrá sobre la producción colombiana. Así, en lugar de limitarse a la generación de una estructura neutra que enmarque el mercado, el Estado debe intervenir para proteger ciertos sectores de la economía nacional a través de incentivos gubernamentales. Con respecto al efecto del TLC sobre el campo, también se ha advertido que resulta equivocado confiar en que la aprobación del TLC, por sí misma, solucionará los graves problemas del campo colombiano. En palabras de Ann Mason, "sería un error creer que un TLC con beneficios para el sector agrario sería suficiente para la recuperación de la seguridad en el campo colombiano. Para que cualquier ganancia económica contribuya a la transformación de las condiciones internas en el país, las regiones colombianas también necesitan la presencia del Estado, instituciones fuertes, alianzas eficaces entre el Estado y el sector privado, el fortalecimiento continuo de la Policía Nacional y del Ejército, y su presencia en todo el territorio nacional"[31].

Argumentos habituales en contra del TLC

Los argumentos que presentan quienes están en contra del TLC son de aquellos que defenderían los liberales intervencionistas y también los teóricos de la dependencia. La diferencia entre unos y otros puede identificarse por la radicalización de la crítica. En primer lugar, se dice que el TLC aumentaría la dependencia económica de Colombia frente a los Estados Unidos y, en consecuencia, generaría una creciente pérdida de la soberanía colombiana. Éste es el argumento típico de los teóricos de la dependencia, pues para ellos el libre intercambio entre las naciones subdesarrolladas y desarrolladas es intrínsecamente desigual. Los opositores del TLC en este punto en particular sostienen que no existe en el país una oferta exportable,

---

Departamento Nacional de Planeación, "Retos inmediatos para la entrada en vigencia del TLC con Estados Unidos". En: http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=zn8RUAKBSDI%3d&tabid=1246.

31 Anne Mason, "El TLC y la seguridad en Colombia", en *Revista Colombia Internacional,* No. 61, enero-junio 2005, pp. 136-145. En: http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/449/index.php?id=449

las empresas no están preparadas para la competencia, falta la infraestructura y demás aspectos que garantizarían una capacidad competitiva del país. Así, Eduardo Sarmiento ha dicho que el TLC conducirá a un empobrecimiento general del país, afectando tanto el crecimiento como el empleo, como la inequidad de la distribución del ingreso[32]. Por otra parte, se señala que el acuerdo no fue negociado en condiciones de igualdad y por tanto conducirá a una inevitable profundización de las asimetrías existentes[33].

El otro argumento clásico de los opositores del TLC consiste en afirmar que éste consolida las políticas neoliberales que protegen y privilegian la inversión extranjera en el país pero que generan desigualdades sociales, aumento de precios y, en general, un empobrecimiento del sector agrícola y de las familias campesinas en Colombia. Así, Eduardo Sarmiento sostiene que "El TLC no es otra cosa que la profundización de la apertura, agravada por la pésima negociación del acuerdo. La reforma arancelaria es totalmente asimétrica; la mayor reducción se da en el país de menor desarrollo, que requiere más de la protección. Colombia baja los aranceles de 13% a 0 y Estados Unidos de 3% a 0"[34]. Adicionalmente, Sarmiento considera que los resultados de la apertura económica no han sido óptimos y como consecuencia es equivocado continuar una política que no ha cumplido con los resultados que se preveían para ella. "Se esperaba que la reducción de los aranceles y el libre movimiento de capitales propiciaran una elevación de la productividad y salarios que favorecía a los dos socios "[…] La experiencia de apertura en Colombia controvirtió la creencia. En veinte años que siguieron a su adopción, la economía experimentó el menor crecimiento del siglo, las tasas de desempleo más altas y un severo retroceso de la distribución del ingreso"[35].

Esta última afirmación puede enmarcarse dentro de los argumentos de los liberales intervencionistas quienes consideran que la actuación estatal puede prevenir que circunstancias de pobreza y desigualdad se agudicen

32 "En la forma como está concebido, el Tratado le significará a Colombia el alejamiento de la industrialización, la agricultura temperada y al avance tecnológico. El país mantiene la estructura subalterna de mediados del siglo XX, dominada por la minería y los servicios, que redundará en crecimiento modesto, empleo inadecuado y deterioro de la distribución del ingreso". Eduardo Sarmiento, diario *El Espectador,* "Aprobación del TLC en su peor momento". En: http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-304405-aprobacion-del-tlc-su-peor-momento

33 Jorge Reinel Pulecio, "La estrategia Uribe de negociación del TLC", en *Revista Colombia Internacional*, No. 61, enero-junio 2005.

34 Eduardo Sarmiento, *art. cit.*

35 Eduardo Sarmiento, *art. cit.*

como consecuencia de la entrada en vigencia de los tratados[36]. Adicionalmente, y según sus críticos, un tratado como el TLC generará un aumento en las importaciones, especialmente de alimentos, lo cual llevará a un empobrecimiento del sector agrícola de la economía[37]. Por esta razón, promueven temporalmente el proteccionismo y la sustitución de importaciones[38], así como la integración regional entre países con similares niveles de desarrollo. Como consecuencia, una crítica al TLC radica en que el aumento del comercio con los Estados Unidos puede conducir a la reducción de la integración regional[39].

Como se pudo ver en esta primera parte, el debate en Colombia ha seguido las discusiones en torno a la mejor manera de lograr el desarrollo económico. En mi opinión, centrar el análisis de esta forma hace perder de vista que los Estados ven reconfigurada su capacidad regulatoria desde el momento en que entran a un tratado bilateral o multilateral de libre comercio. Este tema, que ha jugado un papel marginal en las discusiones, es el que va a determinar los beneficios y obstáculos en términos de la distribución de recursos que un acuerdo de libre comercio conlleva. Como consecuencia, en la siguiente sección presentaré algunos ejemplos de transformaciones concretas en la legislación local producto del TLC.

36 Como señala Joel Paul en artículo citado anteriormente: "Muchas industrias han reubicado sus manufacturas hacia países con bajos salarios y trabajadores no sindicalizados […]. Como resultado los trabajadores afroamericanos y latinos han sufrido un descenso en su ingreso real. Entre 1979 y 1993, a medida que el libre comercio se expandía, el salario por hora de estos trabajadores cayó en más del 15%", pp. 21 y 22. Así mismo señala que: "La creciente desigualdad de ganancias producto del comercio internacional desvirtúa la creencia popular de que las instituciones de comercio benefician a todos por igual", p. 35.

37 Eduardo Sarmiento, en artículo de *El Espectador* ya citado, lo ha dicho de la siguiente forma: "El panorama no podría ser más alarmante. El TLC fue concebido por Estados Unidos dentro de los principios de libre mercado. En un mundo que no es regulado por las ventajas comparativas sino por las ventajas absolutas, el acuerdo resulta totalmente desfavorable para los países como Colombia, y más cuando se introducen excepciones a favor de la tecnología y subsidios a los productos agrícolas comunes".

38 Ejemplo de esta tendencia han sido las políticas implementadas en Argentina durante los últimos años. Esta política, bautizada Financiamiento Productivo del Bicentenario busca "profundizar las políticas de aliento a la inversión productiva". Este programa fue lanzado mediante el Decreto 783 de 2010. Ver: Ministerio de Economía y Finanzas, Marco del Programa Productivo del Bicentenario. En: http://www.mecon.gov.ar/basehome/financiamiento_bicentenario.htm

39 Como señala Eduardo Sarmiento en artículo de *El Espectador* ya citado: "Lo mismo sucede con el TLC. La ampliación de las exportaciones a los Estados Unidos, que están representadas por bienes rudimentarios tradicionales, será mucho menor que lo que se perderá por el desplazamiento del mercado interno y la contracción de las exportaciones al Pacto Andino". *¿Por qué no se debe firmar el TLC? – Revista Colombia Internacional,* enero-junio, No. 61, 2005, pp. 136-145. En: http://redalyc.uaemex.mx/pdf/812/81206109.pdf

Los cambios en la legislación interna producto del TLC

En esta sección analizaré algunos artículos del tratado que se traducen en transformaciones a la legislación colombiana. Algunos de estos cambios se produjeron antes de la aprobación del TLC y otros serán posteriores a la aprobación del acuerdo, y se refieren a materias que trascienden lo comercial. En primer lugar, describiré cómo la tendencia a hacer más estricta la regulación en materia de derechos de autor responde en gran medida a las exigencias del TLC y va en contra de lo que se está negociando en la Ronda de Doha[40]. Por otra parte, demostraré cómo la aprobación del TLC lleva a Colombia a buscar una mayor protección de los derechos de sus trabajadores, desde el punto de vista normativo, bajo la creencia que la transformación en las leyes transformará la realidad.

Estos ejemplos muestran dos efectos contrarios del tratado. En temas de la regulación de la propiedad intelectual, el acuerdo intenta hacer más estricta su protección en detrimento de consideraciones que tienen que ver con salud pública. En cuanto a la protección laboral se espera que las transformaciones normativas permitan privilegiar los derechos del trabajador, por encima de consideraciones de ventaja comparada.

Derechos de autor

Un primer ejemplo de normas que harán más compatible el derecho interno con las exigencias del TLC es la manera como se ha propuesto regular el tema de los derechos de autor. El Gobierno del presidente Santos propuso la llamada Ley Lleras[41], en cuya exposición de motivos se señala que la propiedad intelectual es un tema central al TLC y que este acuerdo exige que se establezcan los procedimientos y recursos adecuados al mismo[42].

40 Efectivamente, y como lo describiré a continuación, los estándares de protección a la propiedad intelectual son mucho más estrictos que los que se están discutiendo en la Ronda de Doha.

41 La ley no pasó el debate en la plenaria del Congreso, pero no por eso pierde relevancia académica el debate que generó. Ver: *El Tiempo,* "Archivada la 'Ley Lleras', que pretendía regular el uso de internet". En: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10777484.html

42 Exposición de motivos del proyecto de ley "Por el cual se regula la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en internet" (Ley Lleras): "El tema de propiedad intelectual es un punto central de los tratados de libre comercio que Colombia ha venido celebrando. En el caso del TLC Colombia-Estados Unidos se le dedica todo el

De la lectura del proyecto de ley se puede concluir que Colombia intentaba homogenizar su legislación interna con la existente en los Estados Unidos[43], utilizando expresamente como modelo una norma estadounidense: el Digital Millenium Copyright Act, mejor conocida por la sigla DMCA.

Según varios autores, los Estados Unidos[44] ha cambiado su política comercial pues ha intentado lograr por medio de negociaciones bilaterales lo que no logró en escenarios multilaterales[45]. Uno de los campos en los que esta nueva estrategia tiene mayores efectos es en la protección de la propiedad intelectual. Como señalan Westerhaus y Castro este esfuerzo está orientado a proteger a la industria farmacéutica a través de la regulación de la propiedad intelectual[46] en formas más favorables a las contenidas

---

Capítulo XVI a su regulación. En cuanto a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, cada parte garantiza que los procedimientos y recursos que se establecen en el TLC estarán de acuerdo con su legislación, exonerándose de tener que elaborar un sistema judicial o una legislación nueva en donde se determine la gravedad del daño o el monto de la indemnización como consecuencia de las infracciones que se presenten a los derechos de propiedad intelectual, de la misma manera se determinan las competencias y funciones de las autoridades de cada parte relacionadas con la vulneración de dichos derechos". En: www.senado.gov.co

43 Un ejemplo específico es señalado en la exposición de motivos del proyecto así: "EXONERACION DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN INTERNET (ARTÍCULO 4). Este artículo responde al compromiso adquirido en el marco del TLC entre Colombia y los Estados Unidos en materia de "Limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios", aplicable a los ISP respecto a la atribución de responsabilidad por infracciones al derecho de autor y los derechos conexos, desde el momento en que el TLC entre en vigor". Así mismo, los artículos 5,6, 7 y 8 se justifican en compromisos adquiridos en el TLC. Según la exposición de motivos: "Estos artículos desarrollan puntualmente las causales de exoneración de responsabilidad contenidas en el texto del TLC entre Colombia y los Estados Unidos, en materia de los proveedores que presten servicios".

44 Incluso se ha sugerido que la necesidad de influir sobre la regulación de la propiedad intelectual es la principal motivación de los Estados Unidos para modificar su estrategia de negociación multilateral por una bilateral. Ver: Carsten Fink y Patrick Reichenmiller, "Tightening TRIPS: Intellectual Property Provisions of U.S. Free Trade Agreements", en Richard Newfarmer (ed.), *Trade, Doha, and Development. A Window into the Issues*, Banco Mundial, 2005.

Y en menor medida, la UE también ha seguido su práctica. Ver: Carlos M. Correa, "Bilateralism in Intellectual Property: Defeating the WTO System for Access to Medicines", en *Case Western Reserve Journal of International Law,* 2004, Vol. 36, p. 79.

45 "[…] después de fracasar en su intento por promover el 'libre' comercio a escala hemisférica y global se han embarcado en una agresiva campaña para liberalizar el comercio a través de acuerdos comerciales bilaterales, regionales y multilaterales". M. Westerhaus y A. Castro, "How do Intellectual Property Law and International Trade Agreements Affect Access to Antiretroviral Therapy", en *PLOS Medicine* 3(8): e332, 2006.

46 "[…] estos acuerdos han liberalizado el comercio a través de la expansión del derecho de propiedad intelectual para las compañías multinacionales que tienen patentes de medicamentos fundamentales". Westerhaus y Castro, *op. cit.*

en tratados internacionales[47]. Estas medidas conocidas como "extra-ADPIC" se han obtenido a cambio de concesiones comerciales por parte de países con bajo poder de negociación que aceptan ampliar sus estándares a cambio de acceso de sus productos a mercados más grandes[48]. Colombia sólo accedió a reconocer un periodo adicional de protección de patente cuando el procedimiento administrativo para el registro de una patente tarde un periodo excesivo de tiempo[49].

El ejemplo paradigmático de medidas extra-ADPIC es el CAFTA, cuyo capítulo de protección intelectual ha sido fuertemente criticado[50]. Los principales cuestionamientos se refieren al hecho que a largo plazo este tipo de medidas limitan el acceso a medicamentos muy necesitados en dichas zonas[51]. De igual forma se ha señalado que los retos de la salud pública mundial difícilmente pueden alcanzarse con esta nueva regulación[52]. Evidentemente, desproteger la salud pública en los países en desarrollo a cambio de proteger a las farmacéuticas contradice lo acordado en la Declaración de Doha[53].

Derechos laborales

Un segundo ejemplo es el tema de los derechos laborales. Los congresistas estadounidenses expresaron en varias oportunidades su preocupación

47 Específicamente se trata de la extensión de las patentes por periodos mayores a veinte años y la protección de la información de investigación por periodos mayores a cinco años, ambos términos superiores al acuerdo ADPIC (el acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), y en contravía de su espíritu y al de la declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública (parte de lo que se conoce como la Ronda de Doha).

48 Un análisis muy detallado de estas medidas puede encontrarse en la primera parte de: Carlos M. Correa, "Bilateralism in Intellectual Property: Defeating the Wto System for Access to Medicines", en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2004, Vol. 36, p. 79.

49 Esto se encuentra en el artículo 16.9 numeral 6 del Tratado de Libre Comercio

50 Ver: Center for Policy Analysis on Trade and Health, "CAFTA Undermines Affordable Medicines -Pharma's Role on USTR Advisory Committees", abril, 2005.

51 "[Estas prácticas] continúan una tradición de acceso limitado a medicamentos para los más pobres al instituir medidas que condonan los altos precios de los mismos". Castro y Weterhaus, *op. cit.*

52 "[…] serios problemas de salud pública identificados en la Ronda de Doha solo pueden empeorar en países con estándares 'extra-ADPIC' como los contenidos en el CAFTA y otros TLC […]. Lo que es una pequeña ganancia para las compañías farmacéuticas puede ser una gran pérdida para los países pobres". Correa, *op. cit.*

53 Como lo señala la OMC, "En la Declaración, los ministros subrayan la importancia de que el acuerdo sobre los ADPIC se aplique e interprete de manera que apoye la salud pública,

respecto a la protección de los derechos de los trabajadores en Colombia, específicamente el amparo de la actividad sindical[54]. Por este motivo, en abril del 2011, los gobiernos de Estados Unidos y Colombia firmaron un acuerdo llamado Plan de Acción de Derechos Sindicales (Colombian Action Plan Related to Labor Rights[55]). Este acuerdo contiene una enunciación muy precisa de las reformas exigidas a Colombia en esta materia.

De esta forma, Colombia se comprometió a tomar diez medidas principales: 1) la creación del Ministerio de Trabajo[56]; 2) la reforma al Código Penal; 3) la regulación precisa de las cooperativas de trabajo asociado; 4) la regulación de las empresas de servicios temporales; 5) la protección penal de los pactos colectivos; 6) una recopilación de los documentos judiciales sobre servicios esenciales a los cuales se les limita legalmente el derecho de huelga; 7) a buscar la ayuda de la oficina local de la OIT para la implementación de estas medidas; 8) a crear programas específicos de protección para los miembros de sindicatos, o quienes estuvieran en proceso de formación de uno; 9) la reforma al sistema penal para los casos que comprometieran violencia contra los sindicatos y/o sus miembros, y 10) mecanismos de verificación sobre estos compromisos adquiridos[57].

Un primer ejemplo de este plan de acción fue la modificación de algunas normas penales. Así, en la Ley 1453 de 2001 se introdujo una modificación tendiente a endurecer la sanción penal de quienes incurrieran en actos de violencia contra los sindicalistas pues, como vimos anteriormente, ésta fue

---

promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes como la creación de nuevos medicamentos". La Declaración de Doha explicada. En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dohaexplained_s.htm#trips

54 Ver: "Obama Plans to Step Up Talks on Free Trade Pacts", *New York Times*. En: http://www.nytimes.com/2011/02/10/business/10trade.html

Proyecto de Solidaridad Laboral en las Américas. Key Members of Congress to monitor Colombia Labor Rights. En: http://www.usleap.org/key-members-congress-monitor-colombia-labor-rights.

55 El texto en inglés se encuentra disponible en la siguiente dirección: http://es.scribd.com/doc/52661023/FTA-Colombian-Action-Plan-Related-to-Labor-Rights. En español se encuentra bajo el título Plan de Acción de Colombia relacionado con los derechos laborales en: http://www.redge.org.pe/sites/default/files/plan_accion_derechoslaborales_colombia.pdf

Así mismo se ha realizado un monitoreo de los avances por tema, en cabeza del secretario de Comercio de los Estados Unidos. Esto se encuentra en la siguiente dirección: http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2011/june/colombian-action-plan-related-labor-rights-accomplishmen

56 Técnicamente lo que Colombia se comprometió a hacer, e hizo, fue dividir de nuevo los dos ministerios (Salud y Trabajo), que el presidente Álvaro Uribe había fusionado en uno solo (de la Protección Social).

57 Plan de Acción de Derechos Sindicales. En: http://www.redge.org.pe/sites/default/files/plan_accion_derechoslaborales_colombia.pdf

la principal razón de algunos congresistas estadounidenses para oponerse a la aprobación del acuerdo. El cambio consiste en un significativo endurecimiento de la pena existente, la multa[58], y la adición de otra pena diferente, prisión[59], a quien viole ciertos derechos sindicales. Incluso la nueva norma incluye algunas conductas, y agravantes, que en la redacción anterior no quedaban cobijadas.

El segundo ejemplo está relacionado con las cooperativas de trabajo. El problema con las cooperativas de trabajo asociado radicaba en que estaban realizando una tarea de intermediación contraria a los fines para los cuales habían sido diseñadas[60]. Dado el consenso existente sobre el uso perjudicial

58 La norma original señalaba: "VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN. El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes o arresto".

59 Ésta es la redacción, mucho más exigente, de la nueva norma: ARTÍCULO 200. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN. El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.

La pena de prisión será de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes si la conducta descrita en el inciso primero se cometiere: 1. Colocando al empleado en situación de indefensión o que ponga en peligro su integridad personal. 2. La conducta se cometa en persona discapacitada, que padezca enfermedad grave o sobre mujer embarazada. 3. Mediante la amenaza de causar la muerte, lesiones personales, daño en bien ajeno o al trabajador o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad. 4. Mediante engaño sobre el trabajador".

Esta modificación se realizó por medio de la Ley 1453 de 2011, que es una pequeña reforma penal que modifica tanto normas sustantivas como sustantivas del sistema penal colombiano.

60 "La intermediación laboral, al estilo de las agencias de servicios temporales, nunca ha estado entre sus facultades, pero miles de CTA (Cooperativas de Trabajo Asociado) se apartaron de su filosofía solidaria y se dedicaron al negocio en beneficio de unos pocos y en detrimento de los trabajadores. Muchas empresas, como lo han reconocido autoridades y el mismo gremio cooperativo y lo han señalado académicos y centrales obreras, despidieron a trabajadores y fomentaron la creación de CTA, para contratarlos a través de éstas, con una reducción de costos, de hasta el 30%. "TLC exige ya un cambio en nueva ley de empleo", en *Portafolio,* 14 de mayo del 2011. En: http://www.portafolio.co/negocios/tlc-exige-ya-un-cambio-nueva-ley-empleo

de las cooperativas[61], el proceso de modificación legal fue muy rápido. Así lo resaltó el diario *Portafolio* cuando señaló que en el Plan de Desarrollo se incorporó una modificación para que la prohibición de la figura de la intermediación laboral se introdujera en la legislación nacional inmediatamente[62] y no con el plazo hasta el 30 de junio del 2013 que tenía previsto[63].

Esta modificación se hizo a través del Decreto 2025 de 2011, expedido por el ministro de la Protección Social, en cuyo artículo primero señala que "esta actividad (la intermediación laboral) no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado". Más allá de analizar las nuevas normas en materia de contratación laboral lo que pretendemos es mostrar cómo el TLC implicó algunos cambios para la legislación administrativa doméstica aún antes de su aprobación, pues los cambios también estaban orientados a "darle viabilidad a la ratificación del TLC"[64].

Otro ejemplo muy claro de cómo el TLC influirá en el derecho laboral local es la institucionalidad creada para resolver asuntos laborales. Así, el artículo 17.4 del TLC crea un Consejo de Asuntos Laborales. Dice la norma: "Las partes establecen un Consejo de Asuntos Laborales (Consejo) integrado por los representantes de las partes de Nivel Ministerial, o su equivalente". Este Consejo tiene varias funciones, todas ellas resumidas en el literal a), en el que se señala que deberá "supervisar la implementación y revisar el avance de este Capítulo" [referente a los derechos laborales]. No sólo se trata de crear nuevas instituciones sino de permitirle al Estado con el cual se firma el Tratado acudir como parte ante esta institucionalidad[65].

61 Como lo señala *Portafolio,* esta norma estaba respaldada incluso por las centrales obreras y la gran mayoría de sindicatos.

62 La prohibición quedó en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 así: "El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes".

63 Como lo señala *Portafolio:* "Así, el Gobierno cumpliría con el primero de varios de los compromisos con su homólogo de Estados Unidos relacionados con las CTA, para darle viabilidad a la ratificación del TLC". "TLC exige ya un cambio en nueva ley de empleo", en *Portafolio,* 14 de mayo del 2011. En: http://www.portafolio.co/negocios/tlc-exige-ya-un-cambio-nueva-ley-empleo

64 Capítulo 17 del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos.

65 Para eso se señala, en el numeral 5 de este mismo artículo que: "Cada parte designará una unidad dentro de su Ministerio de Trabajo, o entidad equivalente, que será el punto de contacto con las otras partes y con el público". Así mismo se señala expresamente que: "Una parte podrá solicitar la realización de consultas laborales cooperativas con otra parte, respecto de cualquier asunto que surja de este Capítulo, mediante la entrega de una solicitud escrita al punto de contacto que la otra parte haya designado conforme al artículo 17.4.5.

Las normas posteriores demuestran que para cumplir el TLC, el Estado colombiano está modificando efectivamente todo su sistema de solución de disputas legales, con un procedimiento muy cercano al de un tribunal o un juzgado[66].

Similar al procedimiento utilizado para resolver disputas ante la OMC, el artículo 17.2.1(a) es una de los normas más importantes del Capítulo Laboral del acuerdo[67]. Para solucionar este tipo de diferencias también se establece un procedimiento específico que incluye la posibilidad de llamar a consultas, y otras medidas típicas de la solución de disputas en el ámbito internacional[68].

En esa medida se puede observar cómo el TLC introduce nuevas instancias procesales en las que se pueden dirimir los conflictos en materia laboral que surjan entre las partes. En estos dos temas tan controversiales el derecho local no se ve limitado, es más, se encuentra protegido[69] en cuanto a su contenidos, pero se crean instancias binacionales para la solución de disputas. El Estado colombiano conserva la potestad de legislar sobre la

66 Según el Capítulo 17 que hemos reseñado: "Inicialmente la disputa se deberá solucionar en los términos del párrafo 3 de dicho artículo que señala: 'Las partes consultantes realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto'". Si no es este el caso se aplica el numeral 4 de este artículo: "Si las partes consultantes no logran resolver el asunto de conformidad con el párrafo 3, una parte consultante podrá solicitar la convocatoria del Consejo para considerar el asunto, para lo cual entregará una solicitud escrita a los puntos de contacto de cada una de las partes". En esa lógica "El Consejo será convocado sin demora y procurará resolver el asunto incluyendo, cuando corresponda, consultas con expertos externos y procedimientos tales como buenos oficios, conciliación o mediación".

67 Capítulo 17, artículo 17.2: "(a) Una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo".

68 Capítulo 17, artículo 17.6(6): "Si el asunto se refiere a si una parte está cumpliendo con sus obligaciones de conformidad con el artículo 17.2.1(a), y las partes consultantes no han logrado resolverlo dentro de los 60 (sesenta) días siguientes a la entrega de una solicitud de consultas conforme al párrafo 1, la parte reclamante podrá solicitar la realización de consultas en virtud del artículo 21.4 (Consultas), o una reunión de la Comisión en virtud del artículo 21.5 (Intervención de la Comisión) y, según lo dispuesto en el Capítulo 21 (Solución de Controversias), recurrir en lo sucesivo a las otras disposiciones de ese Capítulo. El Consejo podrá informar a la Comisión sobre cómo ha abordado el asunto por medio de las consultas".

69 Así se señala en el artículo 17.1.2: "Las partes reafirman su pleno respeto por sus Constituciones y reconocen el derecho de cada parte de adoptar o modificar sus leyes y normas laborales. Cada parte procurará garantizar que sus normas laborales sean consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el artículo 17.7, y procurará mejorar dichas normas en tal sentido".

materia, pero una vez que surge el conflicto entran a intervenir instancias nuevas (en este caso el Consejo creado por el acuerdo), diferentes a las existentes en una concepción tradicional de la soberanía estatal.

Conclusiones

Como lo señalé en la introducción, este texto tenía como objetivo aportar dos ideas que han estado fuera del debate en torno a las bondades o defectos del TLC. Por una parte, la meta era demostrar cómo las diferencias ideológicas entre los diferentes actores se traducen en que la discusión se centra en aspectos generales. Como consecuencia, y en segundo lugar, estas diferencias teóricas han opacado el análisis del impacto diferenciado que el acuerdo tendrá sobre distintos sectores, entre ellos los efectos que se presentarán sobre la legislación local. El aporte de este capítulo es la exploración de algunas herramientas que permitan analizar aspectos más puntuales y menos generales. Lo anterior llevará a que como académicos, activistas o estudiantes podamos entender de una manera más compleja los efectos diferenciados que el TLC tendrá en Colombia.

Bibliografía

Alberto Carrasquilla, "El TLC con EE.UU: ¿Para quién es bueno?, ¿Para quién es malo?", en *El Tiempo,* entrevista, octubre 18 del 2011. En: http://m.eltiempo.com/economia/internacional/el-tlc-para-quin-es-bueno-para-quin-es-malo/10582326

Alejandro Gaviria, "Cuestión de principios", en *El Espectador,* columna de opinión, octubre 16 del 2011. En: http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-305689-cuestion-de-principios

Alejandro Gaviria, César Rodríguez, Jorge Pulecio y José Luis Villaveces, "Intereses colombianos en el TLC", en *Revista de Estudios Sociales,* 2006, No. 23.

Ann Mason, "El TLC y la seguridad en Colombia", en *Revista Colombia Internacional,* enero-junio 2005, No. 61.

Carlos Caballero Argáez, "¿Por qué no cambiar una realidad inaceptable?", en *El Tiempo*, columna de opinión, octubre 21 del 2011. En: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/cms-10612045

Carlos Correa, "Bilateralism in Intellectual Property: Defeating the WTO System for Access to Medicines, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2004, Vol. 36.

Carsten Fink y Patrick Reichenmiller, "Tightening TRIPS: Intellectual Property Provisions of U.S. Free Trade Agreements", en Richard Newfarmer (ed.), *Trade, Doha, and Development. A Window into the Issues*, Banco Mundial, 2005.

Center for Policy Analysis on Trade and Health, "CAFTA Undermines Affordable Medicines -Pharma's Role on USTR Advisory Committees", abril, 2005.

Departamento Nacional de Planeación, "Retos inmediatos para la entrada en vigencia del TLC con Estados Unidos", noviembre 4 del 2012. En: http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=4-qbYnFcoHc%3D&tabid=1246

El Nuevo Siglo, "Atraso en infraestructura, flanco débil de los TLC", octubre 23 del 2011. En: http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/10-2011-atraso-en-infraestructura-flanco-d%C3%A9bil-de-los-tlc.html

El Tiempo, "El fin de la espera", editorial, octubre 5 del 2011. En: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/cms-10499390

El Tiempo, "Archivada la 'Ley Lleras', que pretendía regular el uso de internet", sección política, noviembre 16 del 2011. En: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10777484.html

Eduardo Sarmiento, "Aprobación del TLC en su peor momento", en *El Espectador,* columna de opinión, octubre 9 del 2011. En: http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-304405-aprobacion-del-tlc-su-peor-momento

__ "¿Por qué no se debe firmar el TLC?", en *Revista Colombia Internacional,* enero-junio 2005, No. 61.

Escuela Nacional Sindical, "Plan de acción de Colombia relacionado con los derechos laborales", Agencia de Información Laboral, abril 7 del 2011. En: http://www.redge.org.pe/sites/default/files/plan_accion_derechoslaborales_colombia.pdf

Fernando Enrique Cardoso y Enzo Faletto, *Dependencia y desarrollo en América Latina,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 1977.

Francisco Rodríguez y Dani Rodrik, "Trade Policy and Economic Growth. A Skeptic´s Guide to Cross-National Evidence", en *NBER Macroeconomics Annual 2000*, Cambridge, 2001, Vol. 15.

Joel Paul, "Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development?", en *Virginia Journal of International Law*, 2003, Vol. 44.

Jorge Enrique Robledo, "TLC con Estados Unidos: lo peor para Colombia en 192 años", en *Polo Alternativo Democrático - MOIR*, octubre 14 del 2011. En: http://www.moir.org.co/TLC-con-Estados-Unidos-lo-peor.html

Jorge Humberto Botero, "El TLC, palanca que necesita un apoyo", en *El Colombiano,* entrevista, octubre 13 del 2011. En: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/el_tlc_palanca_que_necesita_un_apoyo_botero/el_tlc_palanca_que_necesita_un_apoyo_botero.asp

Jorge Reinel, "La estrategia Uribe de negociación del TLC", en *Revista Colombia Internacional,* enero-junio 2005, No. 61.

Juan Manuel Santos, discurso sobre la aprobación del TLC entre Colombia y Estados Unidos, Presidencia de la República. En: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Octubre/Paginas/20111012_07.aspx

Michael Westerhaus y Arachu Castro, "How do Intellectual Property Law and International Trade Agreements Affect Access to Antiretroviral Therapy", en *PLOS Medicine* 3(8): e332, 2006.

New York Times, "Obama Plans to Step Up Talks on Free Trade Pacts", octubre 2 del 2011. En: http://www.nytimes.com/2011/02/10/business/10trade.html

Organización Mundial del Comercio, *Declaración de Doha.* En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dohaexplained_s.htm#trips

Paul R. Krugman y Maurice Obstfeld, *Economía internacional: teoría y política*, Madrid, McGraw Hill, 1999.

Portafolio, "Beneficios del TLC entre Colombia y Estados Unidos", sección negocios, octubre 12 del 2011. En: http://www.portafolio.co/negocios/beneficios-del-tlc-colombia-y-estados-unidos

Portafolio, "TLC exige ya un cambio en nueva ley de empleo", sección negocios, abril 14 del 2011. En: http://www.portafolio.co/negocios/tlc-exige-ya-un-cambio-nueva-ley-empleo

Raúl Prebisch, *El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas,* Naciones Unidas, 1950.

__ *Hacia una dinámica del desarrollo Latinoamericano,* Cepal, 1963.

República de Argentina, Ministerio de Economía y Finanzas, Marco del Programa Productivo del Bicentenario, Buenos Aires. En: http://www.mecon.gov.ar/basehome/financiamiento_bicentenario.htm

República de Colombia, Congreso Nacional de la República, Ley 1453 de 2011, en *Diario Oficial,* Bogotá, junio 24 del 2011, No. 48.110.

__ Congreso Nacional de la República, Ley 1429 de 2010, *Diario Oficial,* Bogotá, diciembre 29 del 2010, No. 47.937.

Salomón Kalmanovitz, "Se viene el TLC con Estados Unidos", *El Espectador*, columna de opinión, octubre 9 del 2011. En: http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-304507-se-viene-el-tlc-estados-unidos

Victor Bulmer-Thomas, *La historia económica de América Latina desde la Independencia,* México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

CAPÍTULO 12

La Organización Mundial del Comercio: Marco general, normativa y desafíos

Alan Yanovich

Introducción

El propósito de este capítulo es ofrecer un panorama general de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y su normativa. En la sección "Antecedentes: desde el GATT de 1947 hasta la Ronda Uruguay" se hace una breve presentación de los antecedentes de la OMC. En la sección "La normativa de la OMC" se hace un resumen de los acuerdos que hoy la conforman y de las principales obligaciones que han adquirido sus miembros. En la sección siguiente se presenta el marco institucional de la OMC, y luego, en la sección "El mecanismo de solución de diferencias de la OMC", se hace una descripción del sistema de solución de diferencias de la OMC, uno de los principales logros de la institución y quizás uno de los sistemas de solución de diferencias más avanzando a nivel internacional. A continuación, en la sección "La OMC y el derecho internacional público", se abarcará la relación entre la normativa de la OMC y el derecho internacional público, tema de particular relevancia para este volumen. Finalmente, en la sección "Desafíos" se discuten algunos de los muchos desafíos que enfrentará la OMC en los próximos años.

Antecedentes: desde el GATT de 1947 hasta la Ronda Uruguay

La OMC se estableció en 1995 pero tiene sus orígenes en el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). El GATT se firmó en 1947

estableciendo un marco de disciplinas aplicables al comercio de mercancías. Inicialmente se tenía previsto que el GATT estaría bajo el paraguas de la Organización Internacional de Comercio (OIC), la cual se concebía en ese entonces como una tercera institución internacional que complementaría el marco económico multilateral de la posguerra ideado en la Conferencia de Bretton Woods, donde se habían establecido el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional[1]. La OIC nunca llegó a crearse como organización internacional en parte por la creciente oposición del Congreso de los Estados Unidos para ratificar la Carta de la OIC[2]. Sin embargo, el GATT había entrado en vigencia de manera provisional e increíblemente se mantuvo vigente por casi cincuenta años.

Durante las primeras décadas, el enfoque de las negociaciones auspiciadas bajo el GATT fueron los aranceles. A través de las negociaciones se buscaba que las partes contratantes se comprometieran a fijar un tope máximo para sus aranceles. A estos topes arancelarios se les llama "niveles consolidados". Las negociaciones se realizaban en "rondas" y en cada una se buscaba que las partes contratantes aumentaran el número de productos sujetos a niveles consolidados y al mismo tiempo que redujeran esos niveles consolidados. A partir de mediados de los años sesenta, las negociaciones en el seno del GATT comenzaron a tocar otros temas además de los aranceles, aunque todavía circunscritos al comercio de mercancías. La razón es que en la medida en que se reducían los aranceles, crecía la importancia de otro tipo de medidas que podrían estar afectando a las importaciones. Así se realizaron negociaciones sobre medidas *antidumping*, subvenciones, reglamentos técnicos y compras públicas, entre otros temas. Esas negociaciones resultaron en acuerdos específicos (llamados "códigos") a los cuales podían adherir voluntariamente las partes contratantes. Esto llevó a que se dieran importantes diferencias en términos de las obligaciones asumidas por cada parte contratante, dependiendo de si dicha parte contratante había adherido a algún código, una situación que se ha descrito como "GATT *à la carte*".

1 Para mayor información sobre los orígenes del GATT ver: Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis y Alan O. Sykes, *The Genesis of the GATT*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; y John H. Jackson, *The World Trading System*, Cambridge, MA, MIT Press, 1992, pp. 31-36.

2 John Jackson, *The World Trading System,* p. 34.

Rondas comerciales del GATT

Año	Lugar/denominación	Temas abarcados	Países
1947	Ginebra	Aranceles	23
1949	Annecy	Aranceles	13
1951	Torquay	Aranceles	38
1956	Ginebra	Aranceles	26
1960-1961	Ginebra (Ronda Dillon)	Aranceles	26
1964-1967	Ginebra (Ronda Kennedy)	Aranceles y medidas *antidumping*	62
1973-1979	Ginebra (Ronda de Tokio)	Aranceles, medidas no arancelarias y acuerdos relativos al marco jurídico	102
1986-1994	Ginebra (Ronda Uruguay)	Aranceles, medidas no arancelarias, normas, servicios, propiedad intelectual, solución de diferencias, textiles, agricultura, creación de la OMC, etc.	123

En 1986 se lanzó, en Punta del Este, Uruguay, la ronda más ambiciosa hasta ese momento. La Ronda Uruguay —como se le ha llamado— concluyó en 1994, y resultó en la creación de la OMC en 1995, y en una significativa ampliación de los temas abarcados por el régimen multilateral de comercio, el cual, desde entonces, incluye no sólo el comercio de mercancías, sino además el comercio de servicios y los derechos de propiedad intelectual.

La normativa de la OMC

La OMC se crea mediante el Acuerdo por el que se establece la OMC (Acuerdo OMC). Dicho acuerdo establece el marco institucional de la OMC (el cual se describe más adelante) y, además, incluye una serie de acuerdos como anexos. Estos acuerdos contienen disciplinas que regulan diversos aspectos relativos al comercio internacional[3]. Al suscribir el Acuerdo OMC, cada miembro acepta todos los acuerdos anexos a él. Los miembros que han

3 Los textos de los acuerdos de la OMC pueden descargarse gratuitamente en el sitio de web de la OMC: www.wto.org. También están recopilados en la siguiente publicación: OMC, "Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales", en *Textos Jurídicos,* Ginebra, OMC, 1994.

adherido a la OMC luego de su creación también han suscrito un Protocolo de Adhesión, que puede incluir obligaciones adicionales.

El GATT (ahora llamado GATT 1994[4]) es uno de los acuerdos anexos al Acuerdo OMC. Como se indicó anteriormente, el GATT contiene las obligaciones básicas aplicables al comercio de mercancías. Estas obligaciones se resumen a continuación.

Aranceles: el artículo II del GATT requiere que los miembros se abstengan de aplicar niveles arancelarios que sobrepasen los niveles consolidados. Estos niveles consolidados están consignados en unas listas que se llaman "listas de concesiones". Así mismo, los miembros tienen prohibido aplicar a la importación de un producto cualquier otro tipo de derechos o cargas. De otro lado, las listas arancelarias sólo establecen "topes" o niveles arancelarios máximos. Por lo tanto, los miembros pueden aplicar aranceles inferiores a los niveles consolidados y, en efecto, esto es lo que sucede en el caso de muchos países en desarrollo que tienen niveles consolidados altos[5].

Restricciones cuantitativas: el GATT establece una clara preferencia por los aranceles como mecanismo legítimo de protección, por ser estos más transparentes y previsibles. El artículo XI del GATT dispone que un miembro no "impondrá ni mantendrá —aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas— prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas".

Trato nacional: conforme al artículo III del GATT, los miembros deben conceder a un producto importado un trato no menos favorable que el que dan al producto similar de origen nacional. Esta obligación es aplicable respecto de los impuestos internos (por ejemplo, impuestos al valor agregado, timbres, etc.) y de las leyes, reglamentos o prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de los productos en el mercado interior.

Nación Más Favorecida (NMF): el principio del trato NMF está consagrado en el artículo I del GATT. Esta disposición requiere que los miembros concedan a un producto importado de otro miembro un trato no menos favorable

4 El GATT 1994 está constituido por el GATT 1947, ciertas decisiones tomadas por las partes contratantes antes de la entrada en vigor de la OMC, seis Entendimientos adoptados durante la Ronda Urugua, y el Protocolo de Marrakesh anexo al GATT 1994.

5 En la jerga de la OMC, a la diferencia entre el nivel consolidado y el nivel aplicado se le llama "agua".

que el que concede a un producto similar importado de otro país (aun si no es miembro de la OMC). En otras palabras, al igual que el artículo III, el artículo I prohíbe las medidas discriminatorias. Pero mientras el artículo III prohíbe las medidas que discriminan entre el productor importado y el producto nacional, el artículo I prohíbe la discriminación entre dos productos importados. El ámbito del artículo I es más amplio que el ámbito del artículo III. La obligación del artículo I es aplicable en materia de impuestos y reglamentaciones internas sujetas al artículo III del GATT, pero, además, es aplicable en materia de aranceles y otras medidas aplicadas en la frontera.

Como se podrá apreciar, el artículo I del GATT no permite, en principio, que un miembro A aplique aranceles inferiores a los productos del miembro B, de los que aplica a los productos de los demás miembros. Esto, sin embargo, es precisamente lo que sucede en los acuerdos comerciales regionales o acuerdos de libre comercio bilaterales. Estas preferencias encuentran justificación en el artículo XXIV del GATT y en la llamada "Cláusula de Habilitación".

Excepciones: el GATT reconoce que en ciertas circunstancias un miembro puede adoptar una medida que persigue un objetivo legítimo (como, por ejemplo, la protección del medio ambiente), pero que al mismo tiempo puede ser incompatible con alguna disposición del acuerdo. El artículo XX del GATT, titulado "Excepciones Generales", prevé la posibilidad que los miembros adopten este tipo de medidas sujetos a ciertas condiciones. Se permiten, entre otras, las medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. También se permiten las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales. En ambos casos, además, las medidas deben cumplir con los requerimientos del encabezado del artículo XX, según el cual las medidas no deben constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional.

Por su parte, el artículo XXI del GATT contiene excepciones por seguridad nacional. Al amparo del artículo XXI, un miembro puede adoptar "todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad" en relación con material fisionable, al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a aquellas aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional. El artículo XXI también reconoce que un miembro podría ser llamado a adoptar medidas en cumplimiento de sus obligaciones en el marco de las Naciones Unidos. En este sentido, el artículo XXI deja en claro que ninguna disposición del GATT deberá interpretarse de manera que "impida a un miembro la adopción de medidas en cumplimiento

de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales".

El Acuerdo OMC incluye una serie de acuerdos adicionales que regulan el comercio de mercancías y que no es posible tratar de manera exhaustiva en este capítulo. A continuación se presenta un muy breve resumen del contenido de algunos de ellos.

Por diversas razones, el GATT 1947 nunca reguló de manera efectiva el comercio de productos agrícolas. Uno de los grandes logros de la Ronda Uruguay fue la negociación del Acuerdo sobre la Agricultura, que inició un proceso para incorporar el comercio de productos agropecuarios a las disciplinas del sistema multilateral de comercio. El Acuerdo sobre la Agricultura tiene tres elementos principales. Primero, obligó a los miembros a convertir en aranceles una serie de restricciones cuantitativas y otras medidas no arancelarias. Así mismo, estos aranceles fueron luego objeto de reducción. Si bien los niveles arancelarios de muchos productos agrícolas siguen siendo bastante elevados (especialmente en comparación con los productos industriales), la "arancelización" fue en sí un logro importante, ya que los aranceles son instrumentos más transparentes. El segundo elemento es que los miembros se comprometieron a limitar las subvenciones a la exportación de productos agrícolas. En tercer lugar, los miembros se comprometieron a limitar ciertas medidas de ayuda interna que se consideraron tienen el mayor potencial para distorsionar el comercio.

Conjuntamente con el Acuerdo sobre la Agricultura se negoció el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF). Las medidas sanitarias y fitosanitarias buscan asegurar la inocuidad de los alimentos o evitar la entrada de plagas o pestes. El acuerdo MSF reconoce el derecho que tienen los miembros para adoptar este tipo de medidas, al tiempo que las somete a una serie de disciplinas que buscan evitar que dichas medidas se utilicen con fines proteccionistas. Entre otras, el acuerdo MSF dispone que toda medida de este tipo esté "basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes"[6]. A fin de promover la armonización de las medidas MSF entre los miembros, el acuerdo establece incentivos para que los miembros utilicen las normas internacionales adoptadas por la Comisión del Codex Alimentarius, la Organización Mundial de Sanidad Animal y la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria. Aquellas medidas MSF que estén en conformidad con estas normas internacionales se presumen

6 Acuerdo MSF, artículo 2.2.

compatibles con el acuerdo MSF y el GATT. En cualquier caso, los miembros pueden optar por aplicar medidas MSF más estrictas que las normas internacionales, siempre y cuando estén sustentadas por una evaluación del riesgo.

El acuerdo sobre Obstáculos al Comercio (OTC) contiene disciplinas en materia de reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad de un producto con dichos reglamentos técnicos y normas. Los reglamentos técnicos y las normas son documentos que fijan las características de un producto, o sus procesos y métodos de producción, o contienen prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado. La diferencia principal entre los reglamentos técnicos y las normas es que los primeros son obligatorios. El acuerdo OTC incluye obligaciones de no discriminación[7] y además requiere que "los reglamentos técnicos no restrin[jan] el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo"[8].

Así mismo, el acuerdo OTC incentiva la armonización de reglamentos técnicos entre los miembros de la OMC, al disponer que cuando existan normas internacionales pertinentes "los miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos"[9]. Cuando un reglamento técnico persigue uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el acuerdo OTC, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá que dicho reglamento técnico no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional[10].

Adicionalmente, el Acuerdo OMC incluye tres acuerdos sobre las llamadas medidas de contingencia. El Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT (Acuerdo Antidumping), que permite a los miembros tomar medidas para contrarrestar una práctica llamada *"dumping"*, que se da cuando una empresa del miembro A exporta un producto a un miembro B a un precio inferior al que dicho producto se vende en el mercado interno del miembro A. En otras palabras, el *dumping* se refiere a una práctica de discriminación de precios. El Acuerdo Antidumping permite que un miembro adopte medidas (generalmente una sobretasa arancelaria) para

7 Acuerdo OTC, artículo 2.1.
8 Acuerdo OTC, artículo 2.2.
9 Acuerdo OTC, artículo 2.4.
10 Acuerdo OTC, artículo 2.5.

contrarrestar el *dumping,* cuando a través de una investigación de carácter administrativo se confirme la existencia de la práctica de *dumping* y se concluya que las importaciones objeto de *dumping* causan o amenazan causar daño importante a una rama de producción nacional.

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) permite tomar medidas cuando un miembro se considera perjudicado por subvenciones otorgadas por otro miembro. Según el Acuerdo SMC, existe una subvención cuando un gobierno concede a una empresa una contribución financiera que confiere un beneficio. El Acuerdo SMC se refiere, entre otras, a las siguientes situaciones como contribuciones financieras: la transferencia directa de fondos, la condonación o no recaudación de ingresos públicos, que en otro caso se percibirían, y cuando un gobierno proporciona bienes o servicios —que no sean de infraestructura general— o compra bienes[11]. Para constituirse en subvención, la contribución financiera debe conferir un "beneficio"[12]. Esto implica una comparación con el mercado, y en particular determinar que la empresa habría recibido la contribución financiera en términos menos generosos si hubiera acudido al mercado[13]. Por ejemplo, en el caso de un préstamo, se compara la tasa de interés y otras condiciones del préstamo gubernamental con la tasa de interés y condiciones que hubiese obtenido la empresa en el mercado financiero. Las disciplinas del Acuerdo SMC son sólo aplicables a las subvenciones "específicas", es decir, aquellas cuyo acceso se limita a una empresa o rama de producción o a un grupo de empresas o ramas de producción[14]. Por ejemplo, una exoneración tributaria aplicable a todas las empresas de un miembro no es una subvención específica y no estaría sujeta a las disciplinas del Acuerdo SMC.

Además de definir lo que es una subvención, el Acuerdo SMC establece tres categorías de subvenciones, una de las cuales ha expirado. Las subvenciones actualmente prohibidas son de dos tipos: (i) las subvenciones a la exportación[15] y (ii) las subvenciones supeditadas al empleo de productos

11 Acuerdo SMC, artículo 1.1(a).

12 Acuerdo SMC, artículo 1.1(b).

13 OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafo 157.

14 Acuerdo SMC, artículo 2. Las subvenciones prohibidas —las subvenciones a la exportación y aquellas supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados— se presume que son específicas.

15 El artículo 3.1 del Acuerdo SMC prohíbe las subvenciones supeditadas tanto *de jure* como *de facto* a los resultados de exportación. Interpretando esta disposición conjuntamente con la nota 4, el Órgano de Apelación explicó en un reciente caso que "para determinar que la concesión de una subvención está de hecho vinculada a las exportaciones previstas, puede

nacionales con preferencia a los importados. Las demás subvenciones específicas se consideran recurribles, que significa que, si bien están permitidas, otros miembros pueden impugnarlas en ciertas circunstancias. Originalmente, el Acuerdo SMC establecía una categoría de subvenciones no recurribles —es decir, permitidas y protegidas de impugnación— que incluía, entre otras, la asistencia para la investigación, para las regiones desfavorecidas y para la reconversión ambiental. Esta categoría, sin embargo, se autorizó por un tiempo limitado y no ha sido renovada por los miembros[16].

Un miembro que se ve afectado por subvenciones específicas concedidas por otro miembro tiene dos maneras de atacarlas. En primer lugar, al igual que en el caso del *dumping,* puede adoptar medidas de protección (generalmente una sobretasa arancelaria) cuando se verifique (también dentro del marco de una investigación de carácter administrativo) que las importaciones se han beneficiado de un subsidio y dichas importaciones causan o amenazan causar daño importante a una rama de producción nacional. A estas medidas se las denomina medidas compensatorias y le permiten al miembro afectado contrarrestar los efectos de los subsidios en su propio mercado. Si el miembro desea contrarrestar los efectos de las subvenciones en otros mercados —es decir, en terceros países y posiblemente también en el mercado del miembro que otorga las subvenciones—, tiene la opción de iniciar una disputa mediante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, en la que tendría que demostrar que el otro miembro ha concedido una subvención prohibida o, en el caso de una subvención recurrible, que la subvención ha causado perjuicio grave a sus intereses[17].

La última medida contingente es la salvaguardia, la cual está regulada por el artículo XIX del GATT[18] y el Acuerdo sobre Salvaguardias. La salvaguardia a veces se describe como una "válvula de escape" que les facilita

---

recurrirse a la siguiente prueba: ¿Está la concesión de la subvención destinada a inducir la promoción de los resultados de exportación futuros del receptor?". OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R, adoptado el 1 de junio del 2011, párrafo 1067.

16 Acuerdo SMC, artículo 8.

17 Acuerdo SMC, artículos 5(c) y 6.3.

18 El artículo XIX del GATT se refiere a situaciones en las que el aumento de las importaciones es "consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo". Este lenguaje no se ve reflejado en el Acuerdo sobre Salvaguardias. En el caso *Argentina - Calzado (CE)*, el Órgano de Apelación tuvo que resolver si este requisito del artículo XIX del GATT se mantenía vigente luego de la entrada en vigor del Acuerdo sobre Salvaguardias. El Órgano de Apelación determinó que "toda medida de

a los miembros hacer compromisos de reducción de aranceles, a sabiendas que si dicha reducción genera problemas serios a una industria nacional, el gobierno puede eventualmente proteger a dicha industria. La salvaguardia es de carácter temporal. Se permite aplicar una medida de salvaguardia (generalmente una sobretasa arancelaria) cuando se realiza una investigación administrativa en la que se determina que las importaciones de un producto han aumentado (en términos absolutos o relativos) en tal cantidad que han causado o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores. La salvaguardia debe aplicarse respetando el principio de NMF, lo que significa que debe aplicarse a las importaciones de todas las fuentes[19]. Ésta es una diferencia importante frente a las medidas *antidumping* y medidas compensatorias que se aplican de manera discriminatoria, es decir, solamente con respecto a las importaciones de ciertos miembros (y en algunos casos sólo contra ciertas empresas de dichos miembros).

Con el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), negociado también en la Ronda Uruguay, se incorpora por primera vez el comercio de servicios al sistema multilateral de comercio. Los servicios son uno de los sectores más dinámicos de la economía mundial y el comercio de servicios viene aumentado más rápidamente que los flujos de mercancías. La participación de las exportaciones de servicios en las exportaciones totales ha pasado del 16% en 1980 al 21% en el 2009[20].

El AGCS abarca todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales[21]. El AGCS define los siguientes cuatro modos de suministro:

---

salvaguardia aplicada después de la entrada en vigor del *Acuerdo sobre la OMC* debe ajustarse a las disposiciones del *Acuerdo sobre Salvaguardias y también* a las del artículo XIX del GATT de 1994". Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero del 2000, párrafo 84. *(énfasis en el original)*

19 Excepto que en ciertas circunstancias se puede excluir de una salvaguardia a las importaciones de países en desarrollo que tengan un porcentaje muy pequeño del mercado.

20 Fuente: OMC. Estos datos son en términos de balanza de pagos, lo cual no incluye el modo 3.

21 AGCS, artículo I(3). El Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo excluye además las medidas que afectan a los derechos de tráfico aéreo y a los servicios directamente relacionados con los mismos.

Modo de suministro	Definición	Ejemplo
1. Tranfronterizo	Del territorio de un miembro al territorio de cualquier otro miembro.	Nacional del miembro A adquiere por internet un seguro de vida de una empresa del miembro B.
2. Consumo en el extranjero	En el territorio de un miembro, a un consumidor de servicios de cualquier otro miembro.	Nacional del miembro A viaja como turista al miembro B y se hospeda en un hotel.
3. Presencia comercial	Por un proveedor de servicios de un miembro, mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro miembro.	Banco constituido en el miembro A abre una sucursal en el miembro B.
4. Presencia de personas naturales	Por un proveedor de servicios de un miembro, mediante la presencia de personas físicas de un miembro, en el territorio de cualquier otro miembro.	Consultor del miembro A viaja al miembro B, donde presta servicios de consultoría.

El AGCS tiene dos tipos de obligaciones: generales y condicionales. Las generales aplican a todos los sectores de servicios e incluyen la obligación de NMF, así como obligaciones de transparencia y "buen gobierno". Las principales obligaciones condicionales son el trato nacional y acceso a mercados. A diferencia del GATT, donde la obligación de trato nacional aplica a todos los productos, la obligación del AGCS es sólo aplicable en los sectores de servicios donde el miembro respectivo haya adquirido ese compromiso. Algo similar sucede con la obligación de acceso a mercados respecto de la cual cada miembro ha indicado los compromisos específicos que ha adquirido sector por sector. Estos compromisos fueron objeto de negociación durante la Ronda Uruguay. Como los compromisos adquiridos no fueron muy ambiciosos, el AGCS prevé la realización de futuras rondas de negociación para ahondar esos compromisos. Al igual que en el caso de las negociaciones agrícolas, las negociaciones en materia de servicios fueron absorbidas por la Ronda Doha (ver más adelante).

Además del comercio de servicios, la Ronda Uruguay incorporó el tema de los derechos de propiedad intelectual al sistema multilateral del comercio. La decisión de negociar un acuerdo sobre propiedad intelectual en el marco del sistema multilateral del comercio generó y continúa generando controversia[22]. La explicación que dan algunos es que en la Ronda Uruguay

22 Bhagwati ha descrito a la OMC como un trípode con dos piernas legítimas (el GATT y el AGCS) y una ilegítima (ADPIC). Según Bhagawati, el ADPIC convirtió a la OMC en una agencia de cobro de mercancías, función que en su opinión no corresponde a una institución sobre comercio. Bhagwati debate en Janow, *et al*., pp. 131-132.

se dio una transacción entre los países desarrollados que deseaban incluir el tema en la negociación y los países en desarrollo que buscaban que los países desarrollados redujeran las barreras a las importaciones de textiles y confecciones[23].

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) establece niveles mínimos de protección que cada miembro debe otorgar a la propiedad intelectual de los demás miembros de la OMC. El acuerdo contiene obligaciones de trato nacional y NMF. Adicionalmente, el ADPIC incluye disposiciones sobre la manera en que se deben proteger ciertas categorías de propiedad intelectual. En este sentido, se incorporan al ADPIC ciertas disposiciones sobre propiedad industrial del Convenio de París y sobre derechos de autor del Convenio de Berna. El ADPIC también incluye disposiciones sobre la observancia que se refieren a los procedimientos internos y sanciones que deben tener los miembros para hacer efectivas sus normas sobre propiedad intelectual.

El acuerdo de la OMC incluye, además, un acuerdo en materia de procedimientos de solución de diferencias. Estos procedimientos son el tema central de la sección "Marco institucional de la OMC", que está más adelante. Finalmente, la OMC incluye un acuerdo que establece un mecanismo de examen de políticas comerciales, el cual se describe en la sección "El mecanismo de solución de diferencias de la OMC", también más adelante.

Además de los anteriores acuerdos, la OMC incluye otros dos que son "plurilaterales": el Acuerdo sobre Contratación Pública y el Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles. A diferencia de los demás acuerdos, los miembros de la OMC no están obligados a suscribirlos y, por lo tanto, ambos tienen una membrecía más reducida.

Antes de concluir esta sección cabe resaltar que el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo y países menos adelantados es un principio que aplica de manera horizontal en la OMC. Esto implica la expectativa que los países en desarrollo o menos adelantados asuman compromisos

23 Estos productos —que son de particular interés para los países en desarrollo— eran objeto de restricciones significativas durante el GATT. En la Ronda Uruguay se negoció un acuerdo específico sobre el tema (llamado "Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido") que buscaba la eliminación de las cuotas y otras medidas no arancelarias que existían en ese momento. El acuerdo preveía un periodo de transición para el sector, al final del cual el acuerdo perdía vigencia. El acuerdo expiró el 1 de enero del 2005 y desde entonces el comercio de productos textiles y confecciones está sujeto a las mismas reglas que los otros productos industriales.

menos ambiciosos en las negociaciones y se refleja, además, en algunas disposiciones de los acuerdos de la OMC, la mayoría de las cuales otorgaban a estos países plazos más largos para implementar ciertos compromisos. El tema del trato especial y diferenciado es objeto de intensos debates. Para algunos, aún falta mucho para que el principio del trato especial y diferenciado tenga aplicación efectiva. Otros sectores consideran que ya no existe justificación para dar trato especial y diferenciado a ciertas economías emergentes. La OMC no establece criterios para caracterizar a un país como desarrollado o en desarrollo, sino que cada país decide por sí mismo como desea caracterizarse.

En el 2001, los miembros de la OMC lanzaron una nueva ronda de negociación que se ha llamado Ronda de Doha. El mandato de la Ronda de Doha incluye negociaciones sobre, entre otros, productos industriales, agricultura, servicios, reglas (*antidumping* y subvenciones), y subsidios a la pesca. Lamentablemente, luego de diez años de esfuerzos, no ha sido concluida y fue esencialmente suspendida en la Conferencia Ministerial, llevada a cabo en diciembre del 2011.

Marco institucional de la OMC

A diferencia del GATT, la OMC es una organización internacional con personalidad jurídica propia[24]. Pueden ser miembros de la OMC los Estados y los territorios aduaneros distintos que disfruten de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en los acuerdos de la OMC. Hong Kong (China) y Taipei (China) han adherido a la OMC como territorios aduaneros distintos. La Unión Europea como tal es miembro de la OMC, aunque no tiene un voto adicional a los de sus Estados miembros[25]. Al 10 de febrero del 2012, la OMC tenía 153 miembros. El Protocolo de Adhesión de la Federación Rusa fue aprobado en diciembre del 2011, con lo cual la Federación Rusa pasará a ser miembro pleno una vez concluya el proceso de ratificación. Todos los países de América Latina y el Caribe son miembros de la OMC, a excepción de las Bahamas.

El Acuerdo por el que se establece la OMC le asigna las siguientes funciones: (i) facilitar y administrar los acuerdos comerciales multilaterales;

24 Acuerdo OMC, art. VIII.
25 Acuerdo OMC, art. IX.

(ii) servir de foro de negociación; (iii) administrar el mecanismo de solución de diferencias; (iv) administrar el mecanismo de examen de políticas comerciales; y (iv) cooperar en la formulación de las políticas económicas a escala mundial con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial y sus organismos conexos. Además, conforme al mandato establecido en varios de sus acuerdos, la OMC (a través de su Secretaría) ha desplegado importantes esfuerzos en materia de cooperación técnica para los países en desarrollo y menos adelantados.

El órgano máximo de la OMC es la Conferencia Ministerial, la cual, en principio, debe reunirse cada dos años. La más reciente reunión de la Conferencia Ministerial tuvo lugar en Ginebra, en diciembre del 2011. Entre reuniones de la Conferencia Ministerial, la supervisión general del sistema multilateral le corresponde al Consejo General. Éste está conformado por los representantes permanentes de los países y territorios aduaneros miembros. Cuando le corresponde supervisar el funcionamiento del sistema de solución de diferencias, el Consejo General cambia de nombre (y de presidente) y pasa a llamarse Órgano de Solución de Diferencias. Algo similar sucede cuando se realizan los Exámenes de Política Comercial, entonces su nombre cambia a Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales.

Por debajo del Consejo General se encuentran los consejos de Mercancías, de Servicios y del ADPIC, los cuales tienen sus propios comités responsables de temas específicos (o de acuerdos, en el caso de las mercancías). Los comités sobre Comercio y Medio Ambiente y sobre Comercio y Desarrollo dependen directamente del Consejo General.

La OMC tiene una Secretaría dirigida por un director general. La función de la Secretaría es prestar apoyo técnico y profesional a los miembros en todas las actividades que realizan en el marco de la OMC. Más particularmente, la Secretaría presta apoyo técnico y administrativo a los consejos y comités, realiza actividades de asistencia técnica, impulsa actividades de investigación y análisis en materia de temas comerciales, facilita información al público y a los medios de comunicación, presta asistencia jurídica en los procedimientos de solución de diferencias y asesora a los gobiernos que desean adherir a la OMC. La Secretaría está ubicada en Ginebra, Suiza. En comparación con algunos otros organismos multilaterales, puede decirse que la Secretaría es relativamente pequeña (un poco más de seiscientos funcionarios) y altamente técnica. Su director general actual es Pascal Lamy, quien se encuentra en su segundo (y último) periodo de cuatro años.

Explicación

- Rinden informe al Consejo General (o a un órgano subsidiario)
- Rinden informe al Órgano de Solución de Diferencias
- Los Comités de los Acuerdos plurilaterales rinden informe de sus actividades al Consejo General o al Consejo del Comercio de Mercancías, aunque no todos los miembros de la OMC han firmado estos acuerdos
- El Comité de Negociaciones Comerciales rinde informe al Consejo General

El Consejo General se reune también en su calidad de Órgano de Examen de las Políticas Comerciales y Órgano de Solución de Diferencias

Fuente: OMC.

La OMC es un organismo intergubernamental y, como tal, en las negociaciones y discusiones que se dan en su marco participan exclusivamente los miembros. No obstante, varios organismos internacionales tienen carácter de observadores en algunos de los órganos de la OMC. Y aunque la OMC ha desplegado importantes esfuerzos por aumentar la transparencia externa (por ejemplo, anualmente se realiza un Foro Público y regularmente se organizan sesiones informativas para representantes de la sociedad civil), los grupos de la sociedad civil quisieran ver todavía más apertura.

El acuerdo de la OMC prevé la posibilidad de que se tomen decisiones por votación por mayoría simple. Algunas decisiones de mayor transcendencia —la adopción de interpretaciones de los acuerdos o de exenciones— requieren una votación mayor, de tres cuartos de los miembros. Dicho esto, el acuerdo de la OMC expresa una preferencia por el consenso y la realidad es que la OMC ha seguido la práctica del GATT de tomar decisiones por consenso. Luego de más de quince años de existencia, siguen siendo contados los casos en los que ha adoptado una decisión por votación.

Una crítica que se ha hecho a la OMC es que, si bien cada miembro tiene un voto, las decisiones importantes se toman en grupos pequeños[26]. Lo cierto es que los miembros de la OMC se han organizado en una multitud de grupos informales, como el G-6, G-20, Grupo de Cairns, Amigos de los Peces, etc. Esto refleja lo difícil que es negociar entre 153 miembros y que muchas veces es más eficiente discutir temas en grupos más pequeños. Pero tampoco hay que perder de vista que al final cualquier decisión debe someterse al pleno de la OMC. Otro punto importante es que hoy en día ningún grupo informal parece tener el grado de influencia que en su momento alcanzó el llamado "Quad" (Estados Unidos, Comunidades Europeas, Canadá y Japón), en la época del GATT.

La vigilancia de las políticas comerciales de los miembros es una de las funciones principales de la OMC y ésta ha cobrado mayor relevancia en momentos en los que la economía global atraviesa por dificultades. La función de vigilancia se lleva a cabo principalmente a través del Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales, que requiere que cada miembro someta periódicamente su política comercial a revisión por parte de todos los miembros. La frecuencia con la que un miembro debe someterse a examen depende de su nivel de desarrollo. El examen de políticas comerciales no resulta en una calificación de aprobado o reprobado. Se trata más bien de un

26 Para una discusión más detallada del proceso de toma de decisions de la OMC y del tema de la transparencia interna ver: Peter N. Pedersen, "The WTO Decisión-making Process and Internal Transparency", en *World Trade Review*, 2006, Vol. 5, p. 103.

ejercicio de transparencia. Durante el examen, el miembro correspondiente hace una presentación general y seguidamente es objeto de preguntas por parte de los otros miembros. Para facilitar la discusión, la Secretaría de la OMC prepara con anterioridad un informe detallado de las políticas comerciales del miembro objeto de examen, el cual es distribuido a todos los miembros y es eventualmente publicado en la página web de la OMC. Adicionalmente a los exámenes, y a raíz de la crisis económica, el director general de la OMC se ha dado a la tarea de presentar informes periódicos a los miembros sobre desarrollos generales en materia de la evolución del comercio. Así mismo, los líderes del G-20 han encomendado a la Secretaría de la OMC, conjuntamente con las secretarías de la UNCTAD y la OCDE, que preparen informes periódicos sobre desarrollos relacionados con medidas comerciales y de inversión.

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC es considerado uno de los grandes logros del sistema multilateral de comercio. Al adherir a la OMC, cada miembro automáticamente se somete a la jurisdicción del mecanismo de solución de diferencias. El mecanismo es, además, el foro exclusivo al que pueden recurrir los miembros para resolver controversias que surjan al amparo de los acuerdos de la OMC. El mecanismo es descentralizado, en el sentido que no hay una entidad central que fiscalice el comportamiento de los miembros, sino que cada miembro debe vigilar el comportamiento de los otros miembros[27]. El mecanismo funciona según el principio de "autoayuda", ya que si un miembro considera que una medida de otro miembro vulnera sus derechos, el miembro afectado debe recurrir él mismo al mecanismo. Sin embargo, el miembro debe actuar al amparo del mecanismo y no puede tomar medidas de represalia unilateralmente[28].

Al igual que la OMC, el sistema de solución de diferencias es el resultado de la evolución de prácticas que se iniciaron en las épocas del GATT. En los inicios del GATT, el sistema de solución de diferencias de la OMC operaba más como un sistema de mediación. Las disputas entre partes contratantes inicialmente se sometían a grupos de trabajo conformados por otras partes contratantes, además de las dos partes en disputa. De ahí se pasó a una

27 La Secretaría de la OMC presta apoyo a los órganos del mecanismo, y no tiene funciones de fiscalización.

28 ESD, artículo 23.

práctica más cercana a la adjudicación, bajo la cual la controversia se sometía a tres personas no afiliadas a las partes en disputa. A estas tres personas independientes se les llamó "grupos especiales" o más informalmente "paneles".

Otra evolución importante tuvo que ver con lo que debía demostrar el país reclamante. Bajo el GATT, el país reclamante debía demostrar que la medida impugnada (bien sea una ley, reglamento, decreto u otro instrumento o conducta de la parte reclamada) causaba anulación o menoscabo de alguna ventaja resultante para ella directa o indirectamente del GATT. En 1962, un grupo especial determinó que una vez el país reclamante establecía que la medida impugnada violaba una disposición del GATT, se presumía que la medida anulaba o menoscababa una ventaja bajo el acuerdo[29].

El mecanismo de solución de diferencias se consolidó con la entrada en vigor del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD), uno de los acuerdos suscritos como parte de la Ronda Uruguay. El ESD codificó varias de las prácticas desarrolladas durante el GATT, pero al mismo tiempo introdujo una serie de importantes mejoras. Como se explicará a continuación, el ESD introdujo cambios en términos del proceso de toma de decisiones durante varias etapas del procedimiento, los cuales han aumentado la eficiencia y efectividad del sistema. Además, se estableció el Órgano de Apelación, creándose así una segunda etapa en la fase adjudicativa del procedimiento.

Hoy en día, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC combina aspectos del arbitraje con otros que se asemejan a sistemas de carácter jurisdiccional, y al mismo tiempo retiene aspectos de carácter diplomático-político, que vienen de sus orígenes en el GATT.

El artículo 3.2 del ESD define la función del mecanismo de solución de diferencias de la siguiente manera:

> El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

29 OMC, Informe del Grupo Especial del GATT, *Recurso del Uruguay al artículo XXIXXIII*, L/1923, adoptado el 16 de noviembre de 1962, IBDD 11S/100.

Antes de pasar a revisar los procedimientos, cabe resaltar la distinción que se hace en los acuerdos de la OMC entre "aclaración" e "interpretación" de las normas. Como se señala arriba, el artículo 3.2 estipula que el mecanismo sirve para "aclarar" las disposiciones vigentes. El Acuerdo de la OMC mientras tanto le da a la Conferencia Ministerial y al Consejo General la facultad exclusiva para adoptar "interpretaciones" de los acuerdos[30]. En la práctica resulta difícil describir lo que hacen los grupos especiales o el Órgano de Apelación como algo diferente a la interpretación, especialmente considerando que, como se verá más adelante, ambos aplican sistemáticamente las normas usuales de interpretación codificadas en la Convención de Viena. Quizás una distinción es que las interpretaciones adoptadas por la Conferencia Ministerial o el Consejo General tienen aplicación general, mientras que las decisiones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación (una vez adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias) aplican en términos estrictos sólo a las partes. De otro lado, hoy en día los grupos especiales, el Órgano de Apelación y las partes hacen uso frecuente de interpretaciones en casos anteriores citándolos casi como precedentes. El Órgano de Apelación se ha referido al valor que tienen las interpretaciones hechas en casos anteriores de la siguiente manera:

> La práctica en materia de solución de diferencias demuestra que los miembros de la OMC atribuyen importancia al razonamiento expuesto en informes anteriores de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Los informes adoptados de los grupos especiales y del Órgano de Apelación son citados con frecuencia en apoyo de sus argumentos jurídicos por las partes en los procedimientos de solución de diferencias, y los grupos especiales y el Órgano de Apelación se basan en ellos en diferencias posteriores. Además, al promulgar o modificar leyes y reglamentos nacionales relativos a cuestiones de comercio internacional, los Miembros de la OMC tienen en cuenta las interpretaciones jurídicas de los acuerdos abarcados formuladas en los informes adoptados de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. En consecuencia, las interpretaciones jurídicas incorporadas en dichos informes se convierten en una parte esencial del acervo del sistema de solución de diferencias de la OMC. Garantizar la "seguridad y previsibilidad" en el sistema de solución de diferencias, de conformidad con lo previsto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, significa que, a menos que existan razones imperativas, los órganos jurisdiccionales deben resolver la misma cuestión jurídica de la misma manera en los asuntos posteriores.

30 Acuerdo OMC, artículo IX:2.

En la estructura jerárquica prevista en el ESD, los grupos especiales y el Órgano de Apelación tienen distintas funciones. Con objeto de fortalecer la solución de diferencias en el sistema multilateral de comercio, la Ronda Uruguay estableció el Órgano de Apelación como órgano permanente. De conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, el Órgano de Apelación está facultado para examinar "las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste". Por consiguiente, el párrafo 13 del artículo 17 establece que el Órgano de Apelación podrá "confirmar, modificar o revocar" las constataciones y conclusiones jurídicas de los grupos especiales. La creación del Órgano de Apelación por los miembros de la OMC para examinar las interpretaciones jurídicas formuladas por los grupos especiales demuestra que los miembros reconocieron la importancia de que haya concordancia y estabilidad en la interpretación de los derechos y obligaciones que les corresponden en el marco de los acuerdos abarcados. Esto es fundamental para promover la "seguridad y previsibilidad" en el sistema de solución de diferencias y para asegurar la "pronta solución" de las diferencias.

El hecho de que un grupo especial no siga los informes anteriormente adoptados por el Órgano de Apelación, en que se abordaron las mismas cuestiones, menoscaba el desarrollo de una jurisprudencia coherente y previsible que aclare los derechos y obligaciones de los miembros, en el marco de los acuerdos abarcados de conformidad con lo previsto en el ESD. Mediante la labor de aclaración prevista en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, se dilucidan el ámbito y el sentido de las disposiciones de los acuerdos abarcados de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Si bien la aplicación de una disposición puede considerarse circunscrita al contexto en que tiene lugar, la pertinencia de la aclaración que contienen los informes adoptados del Órgano de Apelación no se limita a la aplicación de una disposición en un asunto determinado[31].

Retornando a los procedimientos, es importante anotar que la supervisión general del mecanismo le corresponde al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), que es un órgano conformado por un representante de cada miembro. El OSD adopta importantes decisiones de carácter procesal durante el trámite de una disputa, incluyendo el establecimiento de un grupo especial, la adopción de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, y la autorización de medidas de retaliación, cuando el miembro reclamante se

31 OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas* antidumping *definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México*, WT/DS344/AB/R, adoptado el 20 de mayo del 2008, párrafos 160-161.

rehúsa a poner en conformidad una medida declarada incompatible con una o más disposiciones de los acuerdos de la OMC.

El procedimiento se inicia cuando un miembro solicita la celebración de consultas con otro miembro porque considera que "ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro miembro"[32]. El objetivo de las consultas es dar a las partes la oportunidad de resolver la disputa sin necesidad de avanzar a la etapa adjudicativa del proceso. En las consultas, las partes pueden llegar a una transacción o la parte reclamada puede dar explicaciones suficientes que disipen las inquietudes de la parte que solicitó las consultas.

Si a las partes no les es posible resolver la disputa en las consultas o el miembro reclamado se rehúsa a celebrar consultas, el miembro que las solicitó puede pedir que el procedimiento avance a la siguiente etapa. Ésta es una etapa donde la disputa se somete a terceros independientes para que determinen si las medidas impugnadas son compatibles o no con las disposiciones de los acuerdos de la OMC. Para iniciar esta etapa, el miembro reclamante debe solicitar al OSD el establecimiento de un grupo especial. El miembro reclamado puede impedir que se establezca el grupo especial la primera vez que la solicitud es abordada por el OSD. Sin embargo, en la segunda reunión del OSD en la que se considera la solicitud, la regla de votación cambia y el grupo especial se establece a menos que todos los miembros se opongan (es decir, por consenso negativo).

El grupo especial puede estar conformado por tres o cinco personas, pero la práctica es que sea de tres personas. En principio, las partes pueden conformar el grupo especial por acuerdo mutuo. Cuando las partes no logran ponerse de acuerdo, el miembro reclamante puede solicitar que los integrantes del grupo especial sean seleccionados por el director general de la OMC. A menos que las partes acuerden lo contrario, los integrantes del grupo especial no pueden ser nacionales de los miembros que son partes o de miembros que participen en el procedimiento como terceros (ver más adelante). La solicitud de establecimiento del grupo especial fija los términos de referencia. Esto quiere decir que el grupo especial sólo tiene competencia para resolver las reclamaciones que el miembro reclamante incluyó en la solicitud de establecimiento. Por ejemplo, si la solicitud de establecimiento sólo alegaba una violación del artículo III del GATT (trato nacional),

32 ESD, artículo 3.3. El miembro que solicita las consultas puede optar por consultas abiertas a otros miembros (invocando el artículo XXII del GATT) o por hacerlas cerradas (invocando el artículo XXIII del GATT). Si opta por consultas abiertas, el miembro reclamado debe aceptar la participación de otros miembros.

el grupo especial no puede pronunciarse sobre si la medida impugnada es compatible o no con el artículo I (NMF).

Cada grupo especial adopta sus procedimientos de trabajo en consulta con las partes[33]. El procedimiento generalmente incluye dos escritos de cada parte y dos reuniones de las partes con el grupo especial. Al final del procedimiento, el grupo especial presenta su informe en tres pasos. Primero le presenta a las partes un borrador de la parte descriptiva del informe, es decir, la parte en la que se resumen los argumentos de las partes. Las partes tienen la oportunidad de hacer comentarios. Luego le presenta a las partes un borrador de la parte dispositiva, es decir, de su análisis jurídico y conclusiones. A esto se le llama la "etapa intermedia de re-examen"[34]. Las partes nuevamente tienen derecho a hacer comentarios, bien sea por escrito o solicitando una nueva reunión con el grupo especial. Concluida la etapa intermedia de re-examen[35], el grupo especial emite su informe definitivo, en primer lugar a las partes, que lo reciben en el idioma de trabajo del grupo especial (generalmente el inglés)[36]. Una vez traducido a los otros dos idiomas oficiales de la OMC, el informe se distribuye a todos los miembros y se hace público a través de la página web de la OMC.

El ESD prevé que los grupos especiales emitan su informe definitivo en un plazo de no más de seis meses desde el momento en que son seleccionados

33 En el apéndice 3 del ESD se ofrece un modelo de Procedimientos de Trabajo que pueden adoptar los grupos especiales.

34 ESD, artículo 15.

35 Davey ha propuesto eliminar la etapa de re-examen intermedio por considerar que sus beneficios son mínimos, especialmente teniendo en cuenta la existencia de una fase de apelación, mientras que su eliminación contribuiría a reducir el tiempo que demora el procedimiento del grupo especial. William J. Davey, "Expediting the Panel Process in WTO Dispute Settlement", en Merit E. Janow, Victoria J. Donaldson y Alan Yanovich (eds.), *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*, Huntington, NY, Juris Publishing, 2008, pp. 409-470. Estados Unidos, en cambio, ha propuesto incorporar a la fase de apelación una etapa de re-examen intermedio. Ver: Documento TN/DS/W/82.

36 Hasta la fecha, dos grupos especiales han adoptado el español como idioma de trabajo: OMC, Informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular*, WT/DS415/R, WT/DS416/R, WT/DS417/R, WT/DS418/R, adoptado el 22 de febrero del 2012; y OMC, Informe del Grupo Especial, *México - Derechos* antidumping *sobre las tuberías de acero procedentes de Guatemala*, WT/DS331/R, adoptado el 24 de julio del 2007. El siguiente grupo especial adoptó el francés como idioma de trabajo: OMC, Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/R y Add.1, adoptado el 5 de abril del 2001. Hasta ahora todas las apelaciones se han realizado en inglés. La OMC ofrece servicios de traducción e interpretación a los miembros en los tres idiomas oficiales (español, inglés y francés).

sus integrantes[37]. En la actualidad, el informe definitivo se emite en un promedio de diez meses[38].

A partir del día que se distribuye el informe a todos los miembros, comienza a correr el plazo de sesenta días que tiene el OSD para adoptar el informe. Los informes de los grupos especiales tienen valor legal —es decir, su cumplimiento se vuelve obligatorio— sólo después de adoptados por el OSD. La adopción de los informes por parte del OSD se examina más adelante en detalle.

Como se mencionó anteriormente, el ESD introdujo una fase de apelación que no existía en el GATT. Si una de las dos partes desea apelar el informe del grupo especial, debe hacerlo antes de que éste sea adoptado por el OSD. La apelación se inicia con un anuncio de apelación. Éste tiene una función similar a la solicitud de establecimiento del grupo especial, en el sentido que fija el ámbito de la apelación. El Órgano de Apelación sólo se pronunciará sobre las cuestiones incluidas en el anuncio de apelación.

A diferencia de los grupos especiales, el Órgano de Apelación ha adoptado procedimientos de trabajo uniformes para todas las apelaciones. Los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación[39] prevén que la parte que inicia la apelación debe presentar un escrito de apelante el mismo día que presenta el anuncio de apelación. A partir de ahí, la otra parte tiene cinco días para decidir si también apela aspectos del informe del grupo especial. En caso afirmativo, debe presentar un anuncio de otra apelación y su escrito de otro apelante. Luego cada una debe responder a los escritos de apelantes. A estas respuestas se les llama escritos de apelado[40]. A la etapa escrita le sigue una audiencia en la cual las partes hacen declaraciones orales y responden preguntas. A esto le sigue la fase deliberativa en la que el Órgano de Apelación decide el caso y redacta su informe. Otra diferencia con los grupos especiales es que el Órgano de Apelación no emite su informe en etapas. El informe completo se entrega a las partes, se distribuye

37 ESD, artículo 12.8.

38 La complejidad de los casos es una de las razones por las cuales los grupos especiales tardan más en emitir sus informes, pero en algunos casos son las propias partes las que solicitan plazos más largos para presentar sus escritos.

39 La versión más reciente de los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación se encuentra en el documento WT/AB/WP/6. Para mayor información sobre los Procedimientos de Trabajo y en particular sobre las modificaciones que se les ha hecho a través de los años ver el Documento WT/AB/WP/11 y Victoria J. Donaldson y Alan Yanovich, "The Appellate Body's Working Procedures for Appellate Review", en Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich y Jan Bohanes (eds.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 386-421.

40 El escrito de apelado debe presentarse dieciocho días después de iniciada la apelación.

a los miembros y se hace público el mismo día. No hay etapa de re-examen intermedio en la fase de apelación. El Órgano de Apelación tiene un plazo máximo de noventa días para distribuir su informe[41]. Este plazo se ha cumplido en la gran mayoría de apelaciones.

El Órgano de Apelación está conformado por siete personas que deben ser de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. Los miembros del Órgano de Apelación no pueden estar vinculados a ningún gobierno. Son elegidos por el OSD por un periodo de cuatro años, el cual puede ser renovado por una sola vez. Si bien no hay cupos fijos por región en el Órgano de Apelación, el ESD dispone que "[l]os integrantes del Órgano de Apelación serán representativos en términos generales de la composición de la OMC".

Las apelaciones no son revisadas por el Órgano de Apelación en pleno, sino por secciones de tres miembros que se seleccionan al inicio de cada apelación, utilizando una fórmula secreta que busca evitar que las partes sepan con anterioridad quiénes conformarán la sección, al tiempo que se garantiza la rotación de todos los miembros. El hecho que un miembro del Órgano de Apelación sea nacional de una de las partes en la disputa no es impedimento para hacer parte de la sección.

Conforme al artículo 17.6 del ESD, la apelación tiene un ámbito limitado. En principio, la apelación sólo puede tener "por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste". Esto quiere decir que en la apelación puede revisarse la interpretación de la norma y su aplicación a los hechos del caso, pero no los hechos en sí mismos. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha dicho que la pregunta de si un panel ha hecho una evaluación objetiva de los hechos conforme al artículo 11 del ESD es una cuestión jurídica[42]. Es decir, el Órgano de Apelación tiene competencia para revisar los hechos cuando la alegación es que el grupo especial no hizo una evaluación objetiva de ellos incumpliendo el artículo 11 del ESD[43].

Al igual que los informes de los grupos especiales, los informes del Órgano de Apelación deben ser adoptados por el OSD para tener valor legal. Una vez distribuido a los miembros, el OSD tiene veinte días para adoptar el

41 El plazo máximo en los casos de subvenciones prohibidas es de sesenta días.

42 OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 132.

43 En estos casos, sin embargo, se aplica una norma de examen (*"standard of review"*) más estricta.

informe del Órgano de Apelación, el cual se adopta conjuntamente con el informe del grupo especial. La regla para la adopción de los informes de los grupos especiales es la de consenso negativo. Es decir, los informes son adoptados a menos que todos los miembros (incluyendo el miembro ganador) se opongan. En el esquema del ESD, al ser adoptados los informes, las conclusiones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación se convierten en "recomendaciones y resoluciones del OSD".

Si culminada la etapa adjudicativa no se verifica ninguna violación de los acuerdos de la OMC, el procedimiento queda finalizado. De otro lado, si se ha determinado que la medida impugnada viola alguna disposición de los acuerdos de la OMC, el procedimiento continúa a la etapa de "implementación".

Como primer paso, el miembro reclamado (que ahora llamaremos miembro "infractor") debe informar a los otros miembros, en la reunión siguiente del OSD, sobre cuáles son sus intenciones. No se trata de una explicación detallada sino de una declaración general. Hasta ahora, en todos los casos, el miembro infractor ha declarado su intención de cumplir con las recomendaciones y resoluciones del OSD.

Un punto importante a resaltar es que las recomendaciones y resoluciones del OSD no son de aplicación directa. Para ponerse en conformidad se requiere que el miembro infractor tome algún tipo de acción a nivel interno (a menos que la medida impugnada expire por sí sola). Y el ESD reconoce que en algunos casos el miembro infractor puede tener vías alternativas para ponerse en conformidad[44]. En esos casos el miembro infractor tiene la discreción para escoger cómo proceder.

El ESD dispone que en principio debe darse cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD de manera inmediata, pero al mismo tiempo reconoce que esto no es factible en todos los casos, por lo que prevé que al miembro infractor se le conceda un "plazo prudencial" para ponerse en conformidad. En la práctica, en la gran mayoría de los casos se les ha concedido un plazo prudencial a los miembros reclamados para dar cumplimiento. El plazo prudencial puede ser negociado entre las partes en la disputa, aprobado por el OSD, o determinado por un árbitro[45]. El ESD indica que una directriz para el árbitro es que el plazo prudencial no debe exceder de quince meses a partir de la fecha de adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación.

44 Por ejemplo, en ciertos casos el miembro infractor puede corregir los aspectos puntuales de la medida que son incompatibles o revocar la medida del todo.

45 ESD, artículo 21.3.

Los árbitros han desarrollado varios criterios para guiar la determinación del plazo prudencial. Quizás el más importante es si la derogatoria o modificación de la medida impugnada requiere acción legislativa, en cuyo caso se otorga un plazo más largo, o si es posible hacerlo por vía administrativa, en cuyo caso se concede un plazo más corto[46].

Al final del plazo prudencial puede ocurrir una de las siguientes cuatro cosas. Lo ideal es que para entonces el miembro infractor haya derogado la medida, la haya modificado de manera satisfactoria para el miembro reclamante, o haya llegado a alguna transacción con el miembro reclamante. Si ese es el caso, el procedimiento llega a su fin. Una segunda posibilidad es que el miembro infractor haya anticipado que no podría cumplir dentro del plazo prudencial, en cuyo caso puede ofrecer una compensación al miembro reclamante[47]. Algunos académicos han sugerido que la compensación es una solución transitoria y que el miembro infractor está obligado a dar eventual cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD[48]. La tercera posibilidad es que vencido el plazo prudencial, el miembro infractor no haya hecho nada y la medida impugnada continúe vigente. En ese caso, el miembro reclamante puede solicitar autorización para adoptar medidas de retorsión, a lo que en la jerga de la OMC se refiere como suspensión de concesiones y otras obligaciones (ver explicación más adelante). Finalmente, la cuarta posibilidad es que el miembro infractor modifique la medida impugnada o la remplace por otra, pero el miembro reclamante considere que la medida modificada o la nueva medida no corrige la incompatibilidad o es en sí incompatible con los acuerdos abarcados. En este caso, el miembro reclamado puede solicitar que la medida modificada o la nueva medida sea revisada por un grupo especial al amparo del artículo 21.5 del ESD.

46 El plazo prudencial determinado por los árbitros ha estado en un rango entre seis y un poco más de quince meses, pero en la mayoría de los casos ha estado entre diez y doce meses. Ver: Alan Yanovich y Werner Zdouc, "Procedural and Evidentiary Issues", en Daniel Bethlehem, Donald McRae, Rodney Neufeld e Isabelle Van Damme, *The Oxford Handbook of International Trade Law,* pp. 344-377.

47 No se trata de compensación monetaria sino del ofrecimiento de alguna otra concesión de un valor equivalente, como, por ejemplo, la reducción del arancel aplicable a otro producto. El artículo 22.1 del ESD dispone que la compensación "será compatible con los acuerdos abarcados". Esto significa que tiene que cumplir con la obligación NMF del artículo I del GATT. Como resultado, un miembro infractor que le reduce el arancel al miembro reclamante como compensación podría verse obligado a ofrecer la misma reducción arancelaria a otros miembros. Esto hace la compensación más costosa para el miembro infractor y menos atractiva para el miembro reclamante. En parte por esta razón la compensación no ha sido utilizada con frecuencia.

48 Ver artículo 21.1

Los procedimientos bajo el artículo 21.5 son, en términos generales, similares a los de un grupo especial inicial, excepto que normalmente no es necesario seleccionar a los integrantes del grupo especial 21.5, ya que en principio deben ser los mismos que integraron el grupo especial original[49], y que los plazos son más cortos[50]. Los informes de los grupos especiales establecidos al amparo del artículo 21.5 pueden ser objeto de apelación.

Como se indicó anteriormente, si el miembro infractor no hace nada para ponerse en conformidad, el miembro reclamante puede solicitar autorización para adoptar medidas de retorsión, lo que en la jerga de la OMC se conoce como autorización para suspender concesiones u otras obligaciones. Lo mismo sucede cuando un grupo especial establecido bajo el artículo 21.5 determina que una medida destinada a dar cumplimiento es incompatible con los acuerdos de la OMC. En su solicitud de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, el miembro solicitante debe indicar cuáles son las medidas que tiene la intención de adoptar. El ESD impone dos limitaciones en cuanto a las medidas que el miembro reclamante puede adoptar. Primeramente, el ESD establece una preferencia para que la suspensión se dé en el mismo sector y acuerdo, pero permite aplicar la suspensión en otros sectores y acuerdos cuando la retorsión en el mismo sector o acuerdo es ineficaz o impracticable[51]. Así, por ejemplo, en la disputa del banano que involucraba violaciones en materia de comercio de productos agrícolas y ciertos servicios de distribución, se le concedió autorización a Ecuador para suspender concesiones u otras obligaciones en materia de propiedad intelectual. La segunda limitación tiene que ver con el monto de la retorsión. El artículo 22.4 dispone en este sentido que "[e]l nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo".

Es posible que el miembro infractor considere que en su solicitud el miembro reclamante no ha cumplido con las limitaciones que impone el ESD en términos del monto de las medidas de retorsión o en cuanto a los sectores o acuerdos en los que se pueden aplicar dichas medidas. En ese caso, el miembro reclamado puede someter estas dos cuestiones a un arbitraje que

49 La idea es aprovechar la experiencia de los integrantes del grupo especial inicial.

50 Entre otras razones porque el grupo especial se reúne una sola vez con las partes.

51 ESD, artículo 22.3. Se consideran sectores: en el caso de los bienes, todos los bienes; en el caso de los servicios, los sectores que figuran en la lista de clasificación sectorial (Documento MTN.GNS/W/120); y en el caso de la propiedad intelectual, las diferentes categorías de propiedad intelectual abarcadas por el acuerdo ADPIC. Para efectos de la suspensión de concesiones y otras obligaciones, todos los acuerdos en materia de comercio de mercancías se consideran como un acuerdo.

se realiza al amparo del artículo 22.6 del ESD. Si bien el ESD se refiere a un "árbitro" en singular, dispone que el arbitraje estará a cargo de los integrantes del grupo especial original.

La autorización de las medidas de retorsión es prospectiva. No hay resarcimiento o compensación por daños o perjuicios causados durante el tiempo que la medida impugnada estuvo vigente. La retorsión es una medida temporal. El artículo 22.8 del ESD deja en claro que "[l]a suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria".

Durante toda la etapa de implementación, el OSD cumple, además, un rol de vigilancia. A partir del sexto mes después del establecimiento del plazo prudencial, la disputa se incluye en la agenda del ESD y se mantiene ahí hasta tanto la disputa se resuelva. El miembro reclamado está obligado a presentar "un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones" antes de cada reunión y en la reunión puede ser objeto de cuestionamientos por parte del miembro reclamado y los demás miembros.

El ESD permite que miembros de la OMC que no desean ser parte en la controversia pero que tienen un interés en ella (por ejemplo, porque son exportadores del producto, tienen medidas similares a la impugnada, o tienen interés en la interpretación de las normas relevantes), participen como terceros. En la etapa del grupo especial, los terceros tienen la oportunidad de presentar un escrito y de participar en un segmento de la primera reunión del grupo especial[52]. Los terceros también tienen la oportunidad de presentar un escrito en la etapa de apelación y de asistir a la audiencia[53]. Un tercero cuyas exportaciones se ven afectadas por la medida impugnada no puede solicitar autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, sólo lo puede hacer la parte reclamante.

También se reconoce en el ESD la posibilidad que una medida sea impugnada por dos o más miembros. El ESD dispone que, siempre que sea posible, se establecerá un grupo especial único para examinar las reclamaciones. Y cuando no es posible establecer un grupo especial único, se debe

52 Algunos grupos especiales han concedido derechos ampliados a los terceros, permitiéndoles asistir a las dos reuniones con las partes.

53 La práctica del Órgano de Apelación es permitir a los terceros estar presentes durante todo el transcurso de la audiencia.

buscar que las mismas personas actúen como integrantes de cada uno de los grupos especiales, y que se armonice el calendario de los trabajos de los grupos especiales que se ocupen de esas diferencias[54].

Los procedimientos de solución de controversias de la OMC son confidenciales. Sólo los miembros que son partes o terceros tienen acceso a los escritos o pueden asistir a las audiencias. Esto ha generado críticas por parte de grupos de la sociedad civil que consideran que pueden contribuir con sus puntos de vista y que la falta de transparencia afecta negativamente la legitimidad del sistema. Si bien algunos miembros de la OMC están a favor de mayor transparencia y han tomado acciones en esa dirección, otros se oponen con firmeza insistiendo en el carácter intergubernamental de la OMC.

Un paso que han tomado los miembros que favorecen la transparencia externa es la de hacer públicos sus escritos en internet[55]. Estos miembros también han solicitado autorización de los grupos especiales y del Órgano de Apelación para permitir que el público pueda observar las audiencias. Hasta ahora los grupos especiales y el Órgano de Apelación han autorizado estas solicitudes en todos los casos en los que la(s) parte(s) reclamante(s) y la parte reclamada estén de acuerdo con hacer pública la audiencia. En la mayoría de los casos se ha utilizado un sistema de circuito cerrado para hacer esto posible.

Otro tema relacionado que surgió hace unos años es el de los llamados escritos *amicus curiae*, que son escritos enviados por iniciativa propia por alguna persona u organización que no es parte en la disputa. El Órgano de Apelación ha dejado en claro que tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación tienen la autoridad para aceptar dichos escritos, aunque no tienen la obligación de hacerlo o de tomarlos en cuenta en su razonamiento[56]. En su momento, esta decisión del Órgano de Apelación generó duras críticas de algunos miembros de la OMC.

Como se mencionó anteriormente, el ESD tiene elementos similares al arbitraje combinados con otros que reflejan características de sistemas jurisdiccionales. El carácter *ad hoc* de los grupos especiales, sus términos de

54 ESD, artículo 9.

55 Ver, por ejemplo, los sitios web de la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos (www.ustr.gov) y del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (www.acwl.ch).

56 OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido*, WT/DS138/AB/R, adoptado el 7 de junio del 2000, párrafo 39; OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 109.

referencia, el hecho que sus procedimientos se elaboran en consultas con las partes y la etapa intermedia de re-examen son elementos que se asemejan al arbitraje. Varias disposiciones del ESD dan gran importancia a las transacciones entre las partes. En particular, al enumerar los desenlaces posibles que pueden tener las controversias sometidas al mecanismo, el artículo 3.7 afirma que "[s]e debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia". Esto también trae a la mente el modelo del arbitraje.

Otros aspectos, sin embargo, denotan un carácter más jurisdiccional. El propio artículo 3.7, al igual que el artículo 3.5, dejan en claro que cualquier transacción entre las partes tiene que ser compatible con los acuerdos de la OMC. Esta preferencia por la legalidad sugiere un modelo más jurisdiccional. La etapa de apelación con sus procedimientos uniformes y su enfoque en las cuestiones de derecho es menos parecida al modelo del arbitraje. Y desde su creación, el Órgano de Apelación se ha comportado más como un tribunal que como un panel de arbitraje[57]. En particular, el Órgano de Apelación le ha dado gran importancia a la función de aclarar las disposiciones de los acuerdos, por considerar que esto contribuye a la seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio[58].

Ciertamente el hecho que los informes del Órgano de Apelación tengan que ser adoptados por el OSD para tener efecto legal constituye una diferencia importante respecto de los sistemas jurisdiccionales. Algunos, sin embargo, le restan importancia a este requisito como una mera formalidad, considerando que la regla de votación para la adopción de los informes es la del consenso negativo[59]. Otros ven un aspecto positivo en la adopción de los informes por el OSD. Sacerdoti ha manifestado que "poner el peso de toda la membresía detrás de cualquier decisión resolviendo una controversia facilita la implementación, al hacer más costosa la no implementación para la parte [infractora] que tiene que dar la cara a todos los miembros de la OMC y no sólo a la otra parte en la controversia"[60].

En el 2001, los miembros de la OMC acordaron entablar negociaciones para aclarar y mejorar el sistema de solución de controversias. Estas negociaciones no hacían parte de la Ronda de Doha y tenían previsto terminar más

57 Georges Abi-Saab, "The Appellate Body and Treaty Interpretation", en Giorgio Sacerdoti, *et al*. (eds.), *The WTO at Ten*, pp. 453-464.

58 ESD, artículo 3.2.

59 Georges Abi-Saab, *op. cit.*, p. 455.

60 Giorgio Sacerdoti, "The Dispute Settlement System of the WTO in Action: A Perspective on the First Ten Years", en Giorgio Sacerdoti, *et al.* (eds.), *WTO at Ten*, pp. 35-60, 38. *(traducción propia)*

temprano. Al final resultó difícil avanzar en las negociaciones mientras no se avanzara en la Ronda, y al igual que la Ronda, las negociaciones sobre el ESD no han concluido a la fecha.

La OMC y el derecho internacional público

La relación entre la normativa de la OMC y el derecho internacional público ha generado interesantes discusiones, principalmente en el medio académico. Pocos hablan hoy en día de la OMC como un régimen completamente "autocontenido". Dicho esto, hay diferencias importantes de opinión en cuanto a los parámetros precisos de la relación entre la normativa de la OMC y el derecho internacional público.

Tal y como lo ha explicado Abi-Saab, la OMC existe como organismo internacional gracias al derecho internacional público, conforme al cual adquiere personalidad jurídica[61]. El acuerdo de la OMC es un tratado internacional y como tal se apoya en el principio general del derecho internacional de la buena fe (*pacta sunt servanda*) y las demás normas que prescribe el derecho internacional público en materia de tratados.

Los grupos especiales y el Órgano de Apelación recurren sistemáticamente a las normas usuales sobre interpretación codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[62]. En efecto, el artículo 3.2 del ESD dispone que una de las funciones del mecanismo de solución de diferencias de la OMC es la de "aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Como se explicó anteriormente, los diferentes acuerdos de la OMC son todos anexos del acuerdo constitutivo de la Organización. Esto ha llevado a que todos los acuerdos sean considerados como parte de un solo tratado para efectos del artículo 31 de la Convención de Viena[63].

61 Georges Abi-Saab, "The WTO Dispute Settlement and General International Law", en Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds.), *Key Issues in WTO Dispute Settlement - The First Ten Years*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 7-11.

62 Fue en el contexto de recurrir a estas normas en la primera apelación, que el Órgano de Apelación pronunció la célebre frase que el GATT no debe leerse "aislándolo clínicamente del derecho internacional público". OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, p. 19.

63 OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo del 2005, párrafo 549. Una

Algunos otros acuerdos de la OMC incorporan normas de otros regímenes internacionales. En particular, el ADPIC incorpora obligaciones del Convenio de París de 1967 en materia de propiedad industrial[64]. Al haber sido incorporadas al acuerdo de la OMC, la aplicación de estas normas por parte de los órganos adjudicativos de la OMC no es controversial.

El Órgano de Apelación también ha recurrido —sin generar mayor controversia— al derecho internacional público y a la práctica de tribunales internacionales y domésticos para resolver cuestiones procesales. Por ejemplo, el ESD no tiene reglas en materia probatoria. Confrontado con la pregunta de qué parte tiene la carga de la prueba en un procedimiento en la OMC, el Órgano de Apelación explicó:

> Al abordar esta cuestión, encontramos que es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba. Por consiguiente, no resulta sorprendente que diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, hayan aceptado y aplicado de forma general y concordante la norma según la cual la parte que alega un hecho —sea el demandante o el demandado— debe aportar la prueba correspondiente. Además, es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el *common law* y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción[65]. (*notas al pie omitidas*)

Igualmente, el Órgano de Apelación ha recurrido a normas de derecho internacional fuera del marco de la OMC como fuente de orientación al

---

nota interpretativa al Anexo 1A del Acuerdo OMC establece que en caso de conflicto entre una disposición del GATT 1994 y una disposición de otro de los acuerdos en materia de comercio de mercancías "prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro Acuerdo". Los grupos especiales y el Órgano de Apelación han enfatizado que en la medida de lo posible los acuerdos de la OMC deben interpretarse de manera armónica.

64 ADPIC, artículo 2.1. Otro ejemplo es el Acuerdo SMC, el cual se refiere en el literal k) del Anexo 1 a un acuerdo de la OCED sobre créditos a la exportación.

65 OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1, p. 20.

interpretar disposiciones de la OMC. En el caso *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación tenía que interpretar la frase "recursos naturales agotables", en el artículo XX(g) del GATT, y en particular tenía que decidir si la frase se refería sólo a recursos inertes (como los minerales) o podía además abarcar a los organismos vivos (como las tortugas marinas). El Órgano de Apelación determinó que las tortugas marinas constituyen "recursos naturales agotables" explicando que, si bien los organismos vivos son capaces de reproducirse, en algunas circunstancias pueden estar expuestos "a la disminución, el agotamiento y la extinción, como resultado a menudo de actividades humanas"[66]. En su análisis, el Órgano de Apelación se refirió a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la Convención sobre la Diversidad Biológica, el Programa 21, la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales y la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres[67].

La pregunta que es más contenciosa es si una norma internacional fuera del marco de la OMC podría ser derecho aplicable en la OMC[68]. El grupo más conservador considera que aparte de los principios de interpretación de los tratados codificados en la Convención de Viena y las otras normas incorporadas explícitamente, no son aplicables otras normas del derecho internacional. Otros han sugerido un ámbito más amplio, en el que la norma internacional podría ser aplicable cuando la cuestión que debe ser resuelta no está regulada en los acuerdos de la OMC o cuando un miembro invoca la norma en su defensa[69], es decir, para justificar un incumplimiento de sus obligaciones en la OMC.

Vinculada con esta discusión está el tema de las circunstancias en que es aplicable una norma internacional al amparo del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena. Este punto surgió en una disputa que iniciaron Argentina, Canadá y Estados Unidos contra las Comunidades Europeas en

66 OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafo 128.

67 *Ibídem,* párrafos 130-132.

68 Para una discusión más detallada de esta pregunta ver: Isabelle Van Damme, "Jurisdiction, Applicable Law, and Interpretation", en Daniel Bethlehem*, et al.* (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law,* pp. 298-343.

69 Ver: Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Para una crítica ver: Joel P. Trachtman, "Book Review: 'Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law'", de Joost Pauwelyn, *American Journal of International Law*, 2005, Vol. 98, p. 855.

relación con medidas aplicadas por éstas a ciertos productos genéticamente modificados. Las Comunidades Europeas invocaron en su defensa, al amparo del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena, la Convención sobre Biodiversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, de los cuales no hacían parte algunos de los miembros que eran parte en la disputa. El grupo especial determinó que el párrafo (3)(c) del artículo 31 de la Convención de Viena "exige que se tomen en consideración las normas de derecho internacional que sean aplicables en las relaciones entre *todas las partes* en el tratado que se esté interpretando"[70]. Este caso no llegó a la etapa de apelación y por lo tanto la interpretación del grupo especial no fue revisada por el Órgano de Apelación. Cabe decir que la interpretación del grupo especial de las circunstancias en las que es aplicable una norma internacional al amparo del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena fue duramente criticada por el relator del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y en el sector académico[71].

Abi-Saab por su parte se ha referido a la jerarquía de normas y ha sugerido que los órganos adjudicativos de la OMC estarían en la obligación de aplicar una norma que haya adquirido el estatus de *jus cogens*[72].

Otro tema que ha sido objeto de interesantes discusiones tiene que ver con la relación entre el mecanismo de solución de diferencias de la OMC y los sistemas de solución de controversias de acuerdos bilaterales y regionales[73]. La proliferación de estos acuerdos —los cuales generalmente incluyen su propio mecanismo de solución de diferencias— ha generado temores sobre posibles conflictos de jurisdicción. Si bien cada mecanismo debe aplicar sus propias normas sustantivas, es común que los acuerdos bilaterales y regionales incluyan normas similares a las de la OMC, como es el caso del trato nacional. Esto significa que es teóricamente posible que una controversia que es sustancialmente idéntica pudiera ser llevada a ambos foros y cada

70 Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Corr.1, y Add.1 a 9, adoptado el 21 de noviembre del 2006, párrafo. 7.70. *(énfasis por fuera del texto original)*

71 Robert Howse, "The Use and Abuse of International Law in WTO Trade/Environment Litigation", en Merit E. Janow, *et al.* (eds.), *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*, 2008, pp. 635-670.

72 Georges Abi-Saab, "The WTO Dispute Settlement and International Law", p. 11.

73 Para una discusión más detallada de este tema ver: OMC, *Informe del Comercio Mundial 2010 - El comercio de recursos naturales*, Ginebra, OMC, 2010, sección E.

foro podría decidir la controversia de manera distinta[74]. Afortunadamente, hasta la fecha los miembros de la OMC han evitado en gran medida que se presenten este tipo de situaciones.

Desafíos

La OMC enfrenta hoy importantes desafíos. Luego de más de diez años de intensos esfuerzos, las negociaciones de la Ronda de Doha fueron esencialmente suspendidas en la Conferencia Ministerial realizada en diciembre del 2011. La idea de la OMC como foro permanente de negociación no se ha concretado de la manera prevista cuando ésta fue establecida en 1995. El proceso de toma de decisiones entre 153 miembros ha demostrado sufrir de rigideces. Las dificultades en las negociaciones ha impedido avanzar en el proceso de liberalización y hacer ajustes en las reglas. Esto crea el riesgo que la OMC pierda relevancia y, en efecto, hoy en día muchos países desarrollan intensas agendas bilaterales o regionales en parte como resultado de su frustración con la falta de avances en la OMC.

El contexto adverso generado por la crisis económica mundial intensifica las dificultades para lograr acuerdo en las negociaciones y genera sus propios desafíos. Las presiones políticas en contra de la liberalización comercial se intensifican en épocas de crisis económica, haciendo más difícil que los gobiernos acepten reducir aranceles y liberalizar otras medidas que afectan a las importaciones. Más aún, la crisis económica ha aumentado las presiones sobre los gobiernos para que éstos adopten medidas de carácter proteccionista. Hasta ahora la OMC ha demostrado ser un mecanismo efectivo para contener este tipo de medidas, pero sin una mejora en el contexto económico mundial podrían aumentar las presiones.

El sistema de solución de diferencias de la OMC continúa siendo uno de los aspectos más admirados de la OMC y hasta ahora los miembros usan con más frecuencia este mecanismo multilateral que los mecanismos de solución

74 Algunos acuerdos bilaterales y regionales incluyen disposiciones que regulan la relación entre sus mecanismos de solución de diferencias y el mecanismo de la OMC. Un grupo de acuerdos da a la parte reclamante la opción de recurrir a la OMC o al mecanismo bilateral/regional y una vez iniciado el procedimiento en una vía prescribe recurrir a la otra. Ciertos acuerdos regionales prescriben a sus países miembros acceder al mecanismo de la OMC cuando la materia está regulada por el acuerdo regional. Unos acuerdos bilaterales privilegian el mecanismo de la OMC cuando la materia está regulada tanto en la OMC como en el acuerdo bilateral.

de diferencias que forman parte de los acuerdos bilaterales y regionales. El nivel de complejidad de las disputas ha aumentado, lo cual ha llevado a la extensión de los plazos en algunos casos. Algunos países en desarrollo han surgido como usuarios frecuentes del mecanismo —en algunos casos gracias a la asistencia del Centro de Asesoría Legal—, pero hay otros que todavía no lo usan. En particular, el uso por parte de los países africanos ha sido bajo. Existen también temores respecto a que la falta de avances en las negociaciones lleve a algunos miembros a traer disputas ante el mecanismo de solución de diferencias que sería mejor resolver en el marco de una negociación.

Finalmente, el régimen multilateral de comercio seguirá enfrentando los desafíos que resultan de un sistema internacional fragmentado y descentralizado. Afortunadamente parecer haber hoy en día una mayor concientización de los vínculos entre la OMC y otros regímenes internacionales. También existe hoy mayor cooperación entre la OMC y otros organismos internacionales. Sin embargo, no todos los miembros ven con buenos ojos el que la OMC fortalezca la cooperación con otros organismos internacionales y algunos miembros consideran que éstas son cuestiones que deben resolverse aumentado la coordinación a nivel nacional de los propios miembros.

Bibliografía

Acuerdo ADPIC. En: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm, 2013.

Acuerdo ESD. En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c1s5p1_s.htm, 2013.

Acuerdo MSF. En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_agreement_cbt_s/c1s1p1_s.htm, 2013.

Acuerdo OTC. En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_agreement_cbt_s/c9s3p1_s.htm, 2013.

Acuerdo SMC. En: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm.pdf, 2013.

Alan Yanovich y Werner Zdouc, "Procedural and Evidentiary Issues", en Daniel Bethlehem, Donald McRae, Rodney Neufeld e Isabelle Van Damme, *The Oxford Handbook of International Trade Law,* Oxford, Oxford Handbooks in Law, 2009.

Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis y Alan O. Sykes, *The Genesis of the GATT*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Georges Abi-Saab, "The WTO Dispute Settlement and General International Law", en Rufus Yerxa y Bruce Wilson (eds.), *Key Issues in WTO Dispute Settlement - The First Ten Years*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

__ "The Appellate Body and Treaty Interpretation", en Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich y Jan Bohanes (eds.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Giorgio Sacerdoti, "The Dispute Settlement System of the WTO in Action: A Perspective on the First Ten Years", en Giorgio Sacerdoti, *et al.* (eds.), *WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Isabelle Van Damme, "Jurisdiction, Applicable Law, and Interpretation", en Daniel Bethlehem, *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law,* 2009.

Joel P. Trachtman, "Book Review: 'Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law'", de Joost Pauwelyn, en *American Journal of International Law,* 2005, Vol. 98.

John H. Jackson, *The World Trading System*, Cambridge, MA, MIT Press, 1992.

Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

OMC, "Informe del Grupo Especial del GATT", Recurso del Uruguay al artículo XXIII, L/1923, IBDD 11S/100, adoptado el 16 de noviembre de 1962.

__ "Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto", WT/DS135/R y Add.1, adoptado el 5 de abril del 2001.

__ "Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos", WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Corr.1, y Add.1 a 9, adoptado el 21 de noviembre del 2006.

__ "Informe del Grupo Especial, México - Derechos *antidumping* sobre las tuberías de acero procedentes de Guatemala", WT/DS331/R, adoptado el 24 de julio del 2007.

__ "Informe del Grupo Especial, República Dominicana - Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular", WT/DS415/R, WT/DS416/R, WT/DS417/R, WT/DS418/R, adoptado el 22 de febrero del 2012.

__ "Informe del Órgano de Apelación, Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado", WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero del 2000.

__ "Informe del Órgano de Apelación Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles", WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999.

__ "Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)", WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998.

__ "Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles", WT/DS316/AB/R, adoptado el 1 de junio del 2011.

__ "Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido", WT/DS138/AB/R, adoptado el 7 de junio del 2000.

__ "Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India", WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997.

__ "Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional", WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.

__ "Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón", WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.

__ "Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano *(upland)"*, WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo del 2005.

__ "Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales - Los Textos Jurídicos", Ginebra,www.wto.org, 2004.

__ "Informe del Comercio Mundial 2010 - El comercio de recursos naturales", Ginebra, OMC, 2010.

Peter N. Pedersen, "The WTO Decisión-making Process and Internal Transparency", en *World Trade Review*, 2006, Vol. 5.

Robert Howse, "The Use and Abuse of International Law in WTO Trade/Environment Litigation", en Merit E. Janow, *et al.* (eds.), *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries,* 2008.

Victoria J. Donaldson y Alan Yanovich, "The Appellate Body's Working Procedures for Appellate Review", en Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich y Jan Bohanes (eds.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

William J. Davey, "Expediting the Panel Process in WTO Dispute Settlement", en Merit E. Janow, Victoria J. Donaldson y Alan Yanovich (eds.), *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries,* Huntington, NY, Juris Publishing, 2008.

WTO, TN/DS/W/82. En: http://www.jmcti.org/2000round/com/doha/tn/ds/tn_ds_w_089.pdf, 2013.

WTO, WT/AB/WP/6. En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_s.htm, 2013.

WTO, MTN.GNS/W/120. En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/mtn_gns_w_120_s.doc, 2013.

CAPÍTULO 13

Derecho internacional de protección de la inversión

Martins Paparinskis

Introducción[1]

El derecho internacional de la inversión extranjera puede ser una de las áreas más dinámicas del derecho internacional, con el desarrollo activo y permanente en la elaboración de tratados y en la solución de controversias inversionista-Estado ante los tribunales internacionales. Una de las características que define el derecho internacional de la inversión extranjera es la multitud de fuentes que pueden ser relevantes en el proceso de solución de diferencias: desde los tratados y las normas consuetudinarias que definen las obligaciones principales, y el derecho consuetudinario suministrando las normas secundarias sobre la responsabilidad estatal; hasta los diferentes regímenes de solución de controversias previstos en los tratados y las reglas que afectan el proceso de solución de controversias; para finalmente abordar la aplicación de las normas de implementación y ejecución de la responsabilidad. El derecho contemporáneo de la protección de la inversión se encuentra reflejado en las decisiones de los tribunales arbitrales sobre los tratados de inversión (accesibles en formato electrónico)[2] y sistematizado en las obras doctrinales[3].

1 Esta parte se basa en la "Introducción" de *Basic Documents on International Investment Protection,* de M. Paparinskis, Hart Publishing, Oxford, 2012 (de próxima aparición).

2 La información sobre los casos a veces está disponible en los sitios web de las instituciones arbitrales o instituciones del tratado particular: se pueden encontrar temas sobre las controversias del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en icsid.worldbank.org/ICSID/index.jsp; sobre las controversias de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) en pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029; sobre las controversias del Tratado sobre La Carta de Energía en www.encharter.org/index.php?id=213. Estos sitios web proporcionan información sobre todo tipo de controversias de inversión: investment-claims.com y ita.law.uvic.ca.

3 Véase algunos de los principales textos de carácter general: C McLachlan, L.. Shore y M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles,* Oxford, Oxford

Si bien la naturaleza descentralizada del derecho de la protección de la inversión parece firme y casi inevitablemente arraigada en el ordenamiento jurídico actual, vale la pena detenerse un momento para considerar las causas y razones por las cuales el derecho internacional ha optado por abordar estas cuestiones precisamente de esta manera. Parece que los asuntos que ahora caen bajo la rúbrica del derecho de la protección de la inversión extranjera, históricamente se abordaban desde una perspectiva un poco diferente. El derecho internacional clásico no estableció una distinción clara entre normas primarias y secundarias sobre la responsabilidad del Estado, y la cantidad considerable de práctica de los Estados y la jurisprudencia sobre el trato a los extranjeros tuvo como resultado la fusión analítica de estos dos temas. La cuestión de la protección de la propiedad de los extranjeros (o la inversión extranjera) inicialmente no fue abordada de manera directa, prefiriendo abordarla desde la perspectiva dual de la falta de protección[4] y la denegación de justicia a los extranjeros[5]. Por esta razón, los primeros documentos relevantes que establecen el contexto intelectual del primer tercio del siglo pasado abordaron el trato a los extranjeros como parte del derecho de la responsabilidad estatal que se encontraba en elaboración, por ejemplo, en los borradores privados del Instituto de Derecho Internacional[6] y la Facultad de Derecho de Harvard[7], y los esfuerzos de codificación pública en

University Press, 2007; R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law,* Oxford, Oxford University Press, 2008; P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law,* Oxford, Oxford University Press, 2008; A. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection,* Oxford, Oxford University Press, 2008; Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009; I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law,* Oxford, Oxford University Press, 2009; A. Newcombe y L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment,* Países Bajos, Wolters Kluwer, 2009; C. Schreuer y otros, *The ICSID Convention: A Commentary,* segunda edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; J. Salacuse, *The Law of Investment Treatiesm,* Oxford, Oxford University Press, 2010.

4 E. Brusa, "La responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute ou de guerre civile", en *Annuaire de l'Institut de droit international,* 1898, Vol. 17, 96; E. Brusa y L. von Bar, "Règlement sur la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile", en *Annuaire de l'Institut de droit international,* 1900, Vol. 18, 47.

5 C. de Visscher, "Le déni de justice en droit international", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International,* 1935, Vol. 52, 369; A.V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice,* Londres, Longmans, Green and Co., 1938.

6 Resolution of the Institute of International Law on the International Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigner, en *American Journal of International Law Special Supplement* 330, 1928, Vol. 22.

7 "Harvard Draft Convention on the Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigner", en *American Journal of International Law*

la Conferencia de La Haya en 1930[8]. Tal vez, hasta cierto punto de manera justificada, los Estados que eran tradicionalmente demandados (en especial los Estados latinoamericanos) sintieron que algunos de los elementos de esta práctica estatal previa iban muy lejos y, por esa razón, los borradores antes mencionados no recibieron una aprobación general[9].

La práctica posterior a la Segunda Guerra Mundial muestra una variedad de aproximaciones a la regulación del derecho de la inversión. Aunque la narrativa de los derechos humanos, los tratados de inversión y el nuevo orden económico internacional puedan ser intelectualmente diferentes, el análisis cronológico sugiere que los diferentes esfuerzos de creación normativa, rompimientos y conceptualizaciones tuvieron lugar de manera paralela. En 1959 se redactó el Proyecto Informal Abs-Shawcross sobre las Inversiones en el Extranjero[10]. Aunque no resultó en un documento vinculante, éste estableció de una forma evidentemente moderna normas como el trato justo y equitativo, las reglas sobre la observancia de los compromisos y la resolución de controversias inversionista-Estado. En 1961 se aprobó el Proyecto de Harvard sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Daños Causados a Extranjeros, el cual "usaba un tono perceptiblemente americano" en "la mayoría de los intentos [de los redactores] de definir las normas particulares y sustantivas", y por eso recibieron una

---

Special Supplement, 1929, Vol. 23, 133; J. Crawford y T. Grant, "Responsibility of States for Injuries to Foreigners", en J. Grant y J. Baker (eds.), *Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal,* Nueva York, W&S Hein y Co, 2007; L. Laithier, "Private Codification Efforts", en J. Crawford, A. Pellet y S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 54-56.

8 Bases of Discussion Drawn up in 1929 by the Preparatory Committee of the Conference for the Codification of International Law (La Haya, 1930), League of Nations Publication, *V. Legal,* 1929.V.3 (Documento C.75.M.69.1929.V); Text of Articles Adopted in First Reading by the Third Committee of the Conference for the Codification of International Law (La Haya, 1930), League of Nations Publication, *V. Legal,* 1930.V.17 (Documento C.351(c).M.145(c).929.V); C. Bories, "The Hague Conference of 1930", en J. Crawford, A. Pellet y S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 65-66.

9 S. Rosenne, "State Responsibility: *Festina Lente*", en *British Yearbook of International Law,* 2004, Vol. 75, pp. 363, 364. Como el juez mexicano Padilla Nervo de la CIJ señaló en un tono crítico, "[l]a historia de la responsabilidad de los Estados con respecto al tratamiento de los extranjeros es la historia de los abusos, la injerencia ilegal en la jurisdicción interna de los Estados más débiles, las reclamaciones injustas, las amenazas e incluso la agresión militar bajo la bandera de ejercer los derechos de protección, y la imposición de sanciones con el fin de obligar a un gobierno para cumplir con las reparaciones exigidas". ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium *vs.* Spain), 1970, ICJ Rep 3, Separate Opinion of Judge Padilla Nervo 243, 246.

10 9 *Journal of Public Law* 116, 1960.

recepción bastante fría[11]. En 1961, el primer relator especial sobre la responsabilidad del Estado, García-Amador, propuso una síntesis creativa de las normas sobre el trato a los extranjeros, el derecho de los derechos humanos y el derecho de la responsabilidad del Estado, una vez más percibida como "pasándose de la raya"[12]. Después de eso, tanto por razones intelectuales como pragmáticas, la Comisión de Derecho Internacional, bajo la dirección inicial de Roberto Ago, hizo una distinción más clara entre las normas primarias sobre el trato de los extranjeros y las normas secundarias sobre la responsabilidad del Estado, concentrándose exclusivamente en estas últimas[13].

Los años 1960 y 1970 se caracterizaron por una serie de diferentes enfoques multilaterales al derecho internacional de la inversión extranjera. Una línea de pensamiento se encuentra reflejada en la práctica de las Naciones Unidas. En 1962, la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General sobre la Soberanía Permanente de los Recursos Naturales aceptó la existencia de una obligación internacional de compensar la expropiación y reconoció el carácter vinculante de los contratos[14]. Al mismo tiempo, dos resoluciones adoptadas en 1974 reflejaron una visión mucho más estrecha sobre la relevancia que el derecho internacional podría tener en esta área[15]. En otros foros internacionales fueron adoptados documentos que abogaban por la protección de las inversiones extranjeras en el derecho internacional. En la OCDE, el proyecto de Convención de 1967 sobre la Protección de la Propiedad Extranjera formula conceptos que habían sido establecidos con anterioridad en el Proyecto Abs-Shawcross usando términos aún más reconocibles y modernos[16]. La Declaración de 1976 sobre Inversión

11 Crawford y Grant, "Responsibility of States for Injuries to Foreigners", pp. 93-94, de manera general 88-100.

12 "Revised Draft on International Responsibility of the State for Injuries Caused in its Territory to the Person or Property of Aliens", en F.V. García-Amador; "Sixth Report on State Responsibility", en *Yearbook of the International Law Commission,* 1961; Vol. II, UN Doc A/CN.4/SER.A/1961/Add.1 1 46; D. Müller, "The Work of García-Amador on State Responsibility for Injury Caused to Aliens", en Crawford (No. 7).

13 A Pellet, "The ILC's Articles on State Responsibility", en J. Crawford, A. Pellet y S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2010.

14 UN Doc. A/5217 de diciembre 14 de 1962.

15 UN General Assembly Resolution 3201 (S-VI), "Declaration on the Establishment of a New International Economic Order", UN Doc. A/RES/S-6/3201 de mayo 1 de 1974; UN General Assembly Resolution 3281 (XXIX); Charter of Economic Rights and Duties of States, UN Doc. A/RES/29/3281 de diciembre 12 de 1974.

16 Adoptado el 12 de octubre de 1967 (1968), 7 *International Legal Materials* 117*;* véase: OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property (1963), 2 *International Legal Materials* 241.

Internacional y Empresas Multinacionales sugirió que el trato nacional debería aplicarse a los inversionistas extranjeros[17].

El considerable desacuerdo entre los Estados y los foros en los que éstos expresan sus puntos de vista sobre las normas de derecho internacional existentes y deseables, hizo que la elaboración de normas multilaterales fuera algo problemático. La Corte Internacional de Justicia, en el famoso caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica c. España), llamó la atención sobre el hecho así:

> […] el derecho que se ha creado sobre el tema, en un periodo caracterizado por un intenso conflicto de sistemas e intereses. [...] Aquí, como en otras partes, un cuerpo de reglas sólo podría haberse desarrollado con el consentimiento de los interesados. Las dificultades encontradas se han reflejado en la evolución de la legislación sobre el tema[18].

En un episodio menos famoso pero mucho más importante, la Corte, con "el dedo apuntando hacia el futuro"[19], sabiamente dio el visto bueno a la manera obvia de abordar el derecho consuetudinario:

> Desde la Segunda Guerra Mundial, ya sea en forma de tratados multilaterales o bilaterales entre Estados, o en forma de acuerdos entre los Estados y las empresas, ha habido un desarrollo considerable en la protección de las inversiones extranjeras. Los instrumentos en cuestión contienen disposiciones referentes a la jurisdicción y al procedimiento, en caso de presentarse controversias relativas al trato de las compañías de inversión y de los Estados en los que éstos invierten capital. *A veces las empresas son a su vez tituladas de un derecho directo a defender sus intereses frente a los Estados a través de los procedimientos establecidos*[20].

Desde que el "intenso conflicto de los sistemas e intereses" hizo menos probable la elaboración de tratados multilaterales[21], como resultado de la

17 Realizada el 21 de junio de 1976 (1976), 15 *International Legal Materials* 976.

18 [1970] ICJ Rep 3, parágrafo 89.

19 F. Berman, "The Relevance of the Law on Diplomatic Protection in Investment Arbitration", en F. Ortino y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues II,* Londres, BIICL, 2007, p. 69.

20 *Barcelona Traction* judgment (No. 16) parágrafo 89. *(énfasis por fuera del texto original)*

21 Revisar el fracaso de 1998 para negociar el Acuerdo Multilateral de Inversiones, bajo los auspicios de la OCDE: www.oecd.org/daf/mai/.

falta de otras alternativas, el derecho de inversiones llegó a ser expresado en gran parte en forma de tratados bilaterales[22].

La perspectiva histórica muestra una serie de aproximaciones que se han dado con respecto al derecho de la inversión: el derecho de la inversión como responsabilidad del Estado, el derecho de la inversión como derechos humanos, incluso el derecho de la inversión como un tema que no es abordado por el derecho internacional en lo absoluto. Sin embargo, el derecho de la inversión se basa en lo más mundano en los tratados bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación (ACN). La Corte Internacional de Justicia ha interpretado algunos de estos tratados (aunque no necesariamente las partes y los aspectos que se relacionan con la inversión y los asuntos económicos), y puede ser necesario tener en cuenta estos fallos para comprender las circunstancias que llevaron a la conclusión de los tratados modernos sobre inversión extranjera. En el caso *Ambatielos*[23], la Corte Internacional interpretó los tratados de 1886[24] y 1926 de Comercio y Navegación entre el Reino Unido y Grecia[25]. En el caso *Electrónica Sicula SpA (ELSI)*[26], la Corte Internacional habló sobre un Tratado de ACN de 1949 entre Italia y los Estados Unidos[27]. Los instrumentos interpretados en estos casos reflejan el proceso legislativo que se dió justo antes de que tuvieran lugar los primeros acuerdos que llevaron al moderno régimen del derecho de la inversión:

22 M. Paparinskis, "*Barcelona Traction*: A Friend of Investment Protection Law", en *Baltic Yearbook of International Law,* 2008, Vol. 8, 105, pp. 129-133; M. Paparinskis, "Sources of Law and Arbitral Interpretations of *Pari Materia* Investment Protection Rules", en O.K. Fauchald y A. Nollkaemper (eds.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law,* Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 93-96.

23 ICJ, *Ambatielos* (Greece *vs.* UK), Jurisdiction 1952, ICJ Rep 28; ICJ, *Ambatielos* (Greece *vs.* UK), Merits: Obligation to Arbitrate 1953, ICJ Rep 10.

24 Tratado de Comercio y Navegación entre el Reino Unido y Grecia (realizado en Atenas, noviembre 10 de 1886; entrado en vigor el 21 de abril de 1887; terminado el 10 de diciembre de 1926), *British and Foreign State Papers: 1885-1886,* Vol. LXXVII, Londres, William Ridgway, 1893, 100.

25 Tratado de Comercio y Navegación entre el Reino Unido y Grecia, y la Declaración Acompañante (realizado en Londres, 16 de julio de 1926; entrado en vigor, 10 de dic. de 1926) 61 LNTS 15 [No. de Registro 1425].

26 ICJ, *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)* (US *vs*. Italy), 1989, ICJ Rep 15.

27 Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América y la República Italiana (realizado en Roma, 2 de febrero de 1948; entrado en vigor, 26 de julio de 1949), 79 UNTS 171 [No. de Registro 1040]; Acuerdo destinado a complementar el mencionado Tratado [de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América y la República Italiana], realizado en Washington, 26 de septiembre de 1951; entrado en vigor el 2 de marzo de 1961, 404 UNTS 326 [No. de Registro 1040].

el primer Tratado Bilateral de Inversión (TBI) se pactó en 1959[28]; el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI) se pactó en 1965[29]; el primer TBI con acceso (probablemente calificado) al arbitraje inversionista-Estado se pactó en 1968[30]; y los primeros TBI con acceso sin reservas al arbitraje inversionista-Estado se pactaron en 1969 y 1970[31].

En este contexto, los problemas y desafíos más importantes que enfrenta la protección de las inversiones se abordarán en tres partes. Primero, se analizarán los aspectos sustantivos de la ley de inversiones, refiriéndonos a las normas sustantivas más importantes. Segundo, se analizará la regulación procesal de la solución de diferencias de las inversiones. Una sección final tendrá en cuenta los nuevos retos que está enfrentando el derecho internacional de la inversión en el siglo XXI.

Asuntos sustantivos

Según la UNCTAD World Investment Report del 2011:

> […] a finales de 2010, el universo de los AIIS [acuerdos internacionales de inversión] contenía 6.092 acuerdos, incluyendo 2807 TBIS, 2976 TDTS [tratados de doble imposición] y 309 "otros AIIS" [...]. La tendencia de rápida expansión de los tratados observada en el 2010 —con más de tres tratados celebrados cada semana— se espera que continúe en el 2011, los primeros cinco meses se celebrarón 48 nuevos AIIS (23 TBIS, 20 DTTS y cinco "otros

28 Tratado entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la Promoción y Protección de Inversiones (realizado en Bonn, 25 de noviembre de 1959; entrado en vigor el 28 de abril de 1962), 457 UNTS 23 [No. de Registro 1675].

29 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (realizado en Washington, 18 de marzo de 1965; entrado en vigor el 14 de octubre de 1966), 575 UNTS 159 [No. de Registro 8359].

30 Acuerdo de Cooperación Económica entre el Gobierno del Reino de los Países Bajos y el Gobierno de la República de Indonesia (realizado en Yakarta, 7 de julio de 1968; aplicado de forma provisional, 7 de julio de 1968; entrado en vigor el 17 de julio de 1971; parcialmente terminado, 1 de julio de 1995), 799 UNTS 14 [No. de Registro 11386] art. 11.

31 Acuerdo entre el Reino de Bélgica y la República de Indonesia sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (realizado en Yakarta, 15 de enero de 1970; aplicado de forma provisional, 15 de enero de 1970; entrado en vigor el 17 de junio de 1972), 843 UNTS 19 [No. de Registro 12057] art. 10.

AIIs") y más de 100 acuerdos de libre comercio (TLCs) y otros acuerdos económicos con provisiones sobre inversión bajo negociación[32].

Es un lugar común decir que hay un número considerable de tratados internacionales de inversión, que hay similitudes significativas en su contenido, pero que también hay diferencias importantes a nivel de la letra pequeña. También es empíricamente innegable que los tribunales arbitrales que interpretan y aplican las normas de los tratados a menudo se basan en las decisiones de los tribunales anteriores con respecto a las normas *pari materia* de otros tratados (cualquiera que sea la premisa teórica que justifica tener en cuenta esos materiales)[33].

Seis obligaciones sustantivas se encuentran en la mayoría de los tratados de protección de inversiones. El derecho de expropiaciones aborda el derecho del Estado a adoptar las inversiones, ya sea directa o indirectamente, y regula los criterios de legalidad para el ejercicio de este derecho. La obligación de trato justo y equitativo requiere que los Estados garanticen el debido proceso para los inversionistas, y establecen una obligación de no frustrar sus expectativas. La obligación de protección y seguridad plena originalmente exigía a los Estados proteger a los extranjeros de la violencia física por parte de particulares, ahora hay cierta incertidumbre sobre si la obligación también se aplica, de manera más amplia, a la seguridad jurídica[34]. Las normas de tratamiento nacional y del tratamiento de la nación más favorecida (NMF) exigen la no discriminación entre los inversionistas extranjeros, por un lado, y los inversionistas nacionales y extranjeros de otros Estados, por el otro. Un tema de controversia particular es si el trato NMF se aplica también a los derechos procesales más favorables contenidos en otros tratados[35]. Por último, las denominadas "cláusulas generales" tratan de cerrar la brecha entre el derecho interno y el derecho internacional, al exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la jurisdicción interna, como una cuestión de obligación internacional, lo que lleva a la incertidumbre sobre el alcance y la naturaleza de la obligación y la

32 UNCTAD, *World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development,* Suiza, United Nations, 2011. En: www.unctad.org/en/docs/wir2011-Full-en.pdf 100.

33 Paparinskis, "*Pari Materia* Rules", No. 20.

34 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. *vs.* Argentina, Caso ICSID No. ARB/03/19 y AWG Group *vs.* Argentina, Caso UNCITRAL, Decision on Liability, julio 30 del 2010 [154]-[173].

35 M. Paparinskis, "MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond *Maffezini* and *Plama*?", en *ICSID Rev – Foreign Investment L J,* 2011, Vol. 26 (2), 14-58.

interacción entre la solución de controversias contractuales y de los tratados[36]. En esta parte se discutirá con más detalle dos obligaciones del derecho de protección de las inversiones que son las más importantes en relación con la perspectiva histórica y la práctica contemporánea —la expropiación (A) y el trato justo y equitativo (B).

Expropiación[37]

Vaughan Lowe ha sugerido que "cuando uno piensa en interferencia ilícita con los intereses de un inversionista extranjero, es natural pensar primero en la expropiación"[38]. Un informe de 1963 del Comité de Asuntos Exteriores del Congreso de Estados Unidos señaló que:

> Antes de la Primera Guerra Mundial las expropiaciones de las que fueron objeto titulares de propiedad extranjera fueron poco frecuentes. En 1917, la Revolución Rusa dio paso al problema de la nacionalización de toda la propiedad privada en los Estados comunistas. Las expropiaciones de la tierra y el petróleo mexicano marcaron el comienzo de los problemas en los países subdesarrollados, que buscaban cambiar el *statu quo* en lo que se refiere al control extranjero de importantes segmentos de la economía[39].

Expropiaciones a gran escala ya habían ocurrido en Rusia, Europa Central y Oriental después de la Primera Guerra Mundial[40] y en México en el periodo entre guerras[41], pero las expropiaciones en Europa Oriental después de la Segunda Guerra Mundial fueron las que dieron paso a la

36 Véase la más reciente: Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. *vs.* Paraguay, ICSID Caso No. ARB/07/9, Decision on Objections to Jurisdiction, mayo 29 del 2009; *SGS* Société Générale de Surveillance S.A. *vs.* Paraguay, Caso ICSID No. ARB/07/29, Award, febrero 10 del 2012. Más general: A. Sinclair, "The Umbrella Clause Debate", en A.K. Bjorklund y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, Londres, BIICL, 2009.

37 Esta sección se basa en: M. Paparinskis, "Regulatory Expropriation and Sustainable Development", en M.W. Gehring, M-C Cordonnier-Segger y A. Newcombe (eds.), *Sustainable Development in International Investment Law,* La Haya, Kluwer Law International, 2011.

38 Vaughan Lowe, "Changing Dimensions of International Investment Law", en University of Oxford Faculty of Law, *Legal Studies Research Paper Serie,* 2007, Vol. 4, p. 53.

39 Committee on Foreign Affairs of US House of Representatives, "Expropriation of American-Owned Property by Foreign Governments in the Twentieth Century", en *ILM*, 1963, Vol. 2, 1066, 1067.

40 *Ibídem* 1077-1078.

41 *Ibídem* 1079-1081; JP Bullington, "The Land and Petroleum Laws of Mexico", en *AJIL,* 1928, Vol. 22, 50.

práctica de los Estados y la doctrina que prevalecerían durante los próximos cincuenta años[42]. Dado que en estos casos casi nunca se llegó ante una instancia formal de solución de diferencias, no se abordaron los puntos clave de las cuestiones jurídicas, concentrándose en cambio en el aspecto más crudo de las reparaciones que resultaban de la expropiación directa[43], pasando por encima de las reglas primarias[44]. El derecho de los tratados de inversión se ajusta a las normas del derecho consuetudinario clásico en la materia, con la posible excepción de las lecturas más amplias de los aspectos normativos de la expropiación indirecta.

El derecho de la expropiación es sustancialmente diferente de otras normas de protección de la inversión: mientras que las otras normas imponen obligaciones de no violar el derecho internacional, la expropiación es, en principio, un derecho legítimo del Estado (y sólo las modalidades de su ejercicio y las condiciones de legalidad están reguladas). Esta sección abordará primero el concepto de la expropiación y considerará sus criterios de legalidad. La expropiación se puede dividir en directa e indirecta. Históricamente, el tipo directo de expropiación era más importante, con nacionalizaciones que transferían el título sobre las inversiones de capital extranjero de inversionistas al Estado (u otra entidad). Aunque sería una exageración decir que las expropiaciones directas son totalmente irrelevantes en la legislación y en la práctica moderna[45], la atención, sin duda, se ha desplazado a las expropiaciones indirectas, que, por lo general, se describen en los tratados en términos moderadamente ambiguos como "indirecta", "progresiva" *("creeping")* y "equivalente a" las expropiaciones directas.

Uno podría acercarse a la cuestión de la expropiación indirecta de varias maneras[46]. Si la expropiación indirecta se ve a través del lente de la expropiación directa, es natural mirar el efecto de la conducta del Estado. Sin

42 Para una visión general de la práctica de Estados Unidos véase: Committee of Foreign Affairs (No. 35) 1081-1091; Department of State, "Report on Nationalization, Expropriation and other Takings of US and Certain Foreign Property since 1960", en *ILM,* 1972, Vol. 11, 84, pp. 89-118.

43 Rudolf Dolzer, "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", en *AJIL,* 1981, Vol. 75, 553; y M.D. Verwey y Nico J. Schrijver, "The Taking of Property under International Law: a New Legal Perspective?", en *Netherlands Y.B. Int'l L.,* 1984, Vol. 15, 3.

44 Rudolf Dolzer, "Indirect Expropriation of Alien Property", en *ICSID Rev.,* 1986, Vol. 1, 41, p. 42.

45 Por ejemplo, Bernardus Henricus Funnekotter and Others *vs*. Zimbabwe, Caso ICSID No. ARB/05/6, Award, abril 22 del 2009 [96] *et seq.*

46 Fortier Y. Fortier y Stephen L. Drymer, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor", en *ICSID Rev.,* 2004, Vol. 19, 293; Rudolf Dolzer, "Indirect Expropriation: New Developments", en *N.Y.U. Envtl. L.J.,* 2002-2003, Vol. 11, 64.

embargo, el efecto sería idéntico en la situación de una toma discriminatoria de *mala fide* en violación del debido proceso, y las medidas ambientales y de salud más restrictivas de *bona fide*. En este último caso, se ha sugerido que otros argumentos jurídicos también podrían ser pertinentes para distinguir entre regulación sujeta a compensación y regulación no sujeta a compensación. Esta aproximación es conocida como el enfoque del "propósito", que se encuentra en contradicción con el enfoque del "efecto". Los Estados y los tribunales no han sido unánimes en sus aproximaciones al problema, y los dos primeros tribunales de inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que surgieron para cuestiones ambientales, abordaron el tema en términos muy diferentes, desde negar toda relevancia a la política de regulación, en un extremo del espectro[47], hasta centrarse totalmente en la buena fe de la regulación, en el otro extremo[48]. Podría ser que una posición intermedia, más en línea con las autoridades tradicionales, trataría la deprivación sustancial como un criterio necesario pero no suficiente, enfocándose, entonces, en los métodos de regulación y dejando de lado tanto el enfoque del "propósito" como el enfoque del "efecto"[49].

Para que la expropiación sea lícita, ésta debe tener una causa de utilidad pública, no puede ser discriminatoria y debe proveer indemnización, y posiblemente también respetar el debido proceso[50]. La opinión tradicional es que los dos primeros criterios funcionan de manera diferente. Es decir, en ausencia de circunstancias excepcionales, se deja que el Estado formule las políticas que quiere implementar por medio de la expropiación y el orden en el que se expropia. El carácter consuetudinario del criterio de debido proceso es menos claro y podría depender de la formulación del tratado en particular, pero podría requerir la notificación de la expropiación y el acceso a los tribunales con el fin de impugnarla[51]. Por último, la obligación de indemnizar, a pesar de una considerable controversia histórica sobre su ámbito de aplicación, ahora se reconoce en el arbitraje de inversión, como una exigencia, la indemnización por el valor comercial total[52]. Otra distinción debe hacerse entre la indemnización como un criterio de legalidad de

47 Metalclad *vs.* Mexico, Award, agosto 30 del 2000, en parágrafos 103, 111.

48 Methanex *vs.* United States, Final Award, agosto 3 del 2005, en Parte IV – Capítulo D parágrafo 7.

49 Paparinskis, "Regulatory Expropriation" (No. 33).

50 A. Reinisch, "Legality of Expropriations", en A. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, OUP, 2008.

51 ADC Affiliate Limited, ADC & ADMC Management Limited *vs.* Hungary, Caso ICSID No. ARB/03/16, Award, octubre 2 del 2006 [434]-[440].

52 I Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law,* Oxford, OUP, 2009.

la norma primaria de la expropiación y la indemnización como un elemento de la reparación de un hecho internacionalmente ilícito. Si el Estado expropiador no ha cumplido con los demás criterios de legalidad, se aplica este último tipo de compensación, que se calcularía con referencia a la fecha del laudo (en lugar de la fecha de expropiación), y podría resultar en una mayor indemnización por daños y perjuicios[53].

Trato justo y equitativo[54]

El trato justo y equitativo ha sustituido a la expropiación como la causa central de acción en el derecho internacional de las inversiones. La expresión textual de un tratamiento justo y equitativo no contiene criterios obvios para delinear los límites de las normas jurídicas: no hay ningún requisito para la importancia de la interferencia (tan explícita o necesariamente implícita en conceptos como "expropiación", "tomando beneficios" o "privación"), no hay criterio de comparación de tratamiento en diferentes situaciones (como en el tratamiento nacional y NMF) o relaciones jurídicas particulares a ser protegidas (como en las cláusulas generales). Las decisiones arbitrales sobre el tratamiento justo y equitativo han tocado una gran cantidad de temas, desde los puntos teóricos más sofisticados sobre la relación entre las obligaciones de los tratados y el derecho consuetudinario preexistente, hasta numerosos criterios y elementos de trato justo y equitativo. Esta sección abordará cada uno de estos puntos.

Para simplificar considerablemente la sutileza y los matices entre y dentro de las diferentes posiciones, se han adoptado dos puntos de vista dominantes con respecto a la relación entre el estándar internacional (concepto clásico de derecho consuetudinario) y el trato justo y equitativo (concepto moderno de derecho de los tratados). Por un lado, se pueden tomar las normas convencionales sobre el trato justo y equitativo como referencias a la norma mínima consuetudinaria; por otro lado, la interpretación de un trato justo y equitativo no requiere tomar en cuenta la norma consuetudinaria. Si hubiera que adoptar la primera posición, el derecho consuetudinario necesariamente jugaría un papel importante en el proceso interpretativo. Su contenido puede ser determinado ya sea por referencia a autoridades clásicas anteriores a la Segunda Guerra Mundial[55], o a la

53 ADC (No. 47) [479]-[500].

54 Esta sección se basa en M. Paparinskis, *International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment,* Oxford, OUP, 2012. *(forthcoming)*

55 Glamis Gold Ltd. *vs.* US, UNCITRAL Arbitration, Award, junio 8 del 2009 [21]-[22], [600]-[618].

evolución posterior a través de la práctica convencional de trato justo y equitativo[56], los cambios más amplios en el orden jurídico internacional, entre otros, con respecto a la regulación en áreas afines[57] o la aclaración caso por caso en la jurisprudencia arbitral[58]. Por el contrario, si uno fuera a adoptar esta última posición, las fuentes de derecho consuetudinario tendrían poca o ninguna relevancia interpretativa. Lo más probable sería que el significado de la norma convencional de "trato justo y equitativo" fuera explicado por referencia a sus elementos particulares, señalados en decisiones anteriores relativas a las normas *pari materia* de otros tratados. Si bien las decisiones a menudo sugieren que el contenido de la obligación no diferiría sustancialmente, si uno tuviera que llegar a ella por la vía de una ley evolutiva consuetudinaria, o por la vía de una interpretación convencional (no confiando en la costumbre), un análisis serio y diligente de la evolución del derecho consuetudinario tendría como resultado, muy probablemente, una norma menos exigente.

La incertidumbre sobre los fundamentos normativos y las justificaciones de la norma ha llevado, como sería de esperar, a una serie de enfoques de los cuales uno podría, con una considerable simplificación, identificar tres principales. En un extremo del espectro, los tribunales que aplican el derecho consuetudinario de manera conservadora citarían el lenguaje del laudo de 1926 de la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América en el caso *L.F.H. Neer y Pauline Neer (Neer)* (un comportamiento llegando a la "indignación, a la mala fe, a una negligencia dolosa del deber, o a una insuficiencia [...] que no alcanza a las normas internacionales")[59]. En el otro extremo del espectro, los tribunales podrían extrapolar requisitos de largo alcance del lenguaje de un trato justo y equitativo (sin la preocupación obvia de marcar las casillas tradicionales del proceso interpretativo), incluyendo el respeto para la expectativa legítima y la transparencia, y efectivamente constituyendo "una descripción de la regulación perfecta en un mundo perfecto"[60]. El enfoque intermedio que parece más atractivo ha sido expresado por Vaughan Lowe en los siguientes términos:

56 Mondev *vs.* US, Caso ICSID No. ARB(AF)/99/2, Award, octubre 11 del 2002 (2003) 42 *ILM* 85 [117].

57 Merrill & Ring Forestry L.P. *vs.* Canada, UNCITRAL, ICSID Administered Case, Award, marzo 31 del 2010 [206]-[209].

58 Waste Management *vs.* US (II), ICSID Additional Facility Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award, abril 30 del 2004 (2004) 43 *ILM* 967 [92]-[98].

59 L.F.H. Neer y Pauline Neer (US *vs.* Mexico) (1926) 4 RIAA 60.

60 Z. Douglas, "Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: *Occidental*, *Eureko* and *Methanex*", en *Arbitration Intl,* 2006, Vol. 22, 27, 27.

> […] la doctrina o el régimen [de un trato justo y equitativo] debería operar por medio de principios generales y no a través de reglas detalladas. Los tribunales deberían decidir los casos concretos, y los académicos deberían analizarlos para tratar de identificar y articular los principios más específicos, tales como la transparencia y la expectativa legítima, que se encuentran implícitos en ellos. Según la jurisprudencia, puede ser necesario redefinir y reclasificar los principios; pero los tribunales deben seguir centrándose en la idea central de un trato justo y equitativo, y no en los principios más específicos extraídos de la jurisprudencia[61].

Los elementos particulares de un tratamiento justo y equitativo se han desarrollado con bastante detalle[62]. Con una simplificación considerable se podría distinguir entre los criterios dirigidos principalmente al procedimiento de adopción e implementación, y los que están dirigidos a la esencia de la conducta. En la configuración anterior, los elementos del debido proceso pueden derivarse de las normas establecidas de la denegación de la justicia: ambos directamente como aplicables a la administración de justicia[63] y confiando indirectamente en la analogía de extrapolar normas menos estrictas en los procedimientos administrativos. El debido proceso, como se deriva de la denegación de la justicia y el debido proceso en la expropiación, se superpone en parte con las exigencias mínimas de transparencia de forma y acceso a la información.

Los criterios sustantivos son más controvertidos. Los tribunales han atribuido gran importancia a la perspectiva dinámica del cambio en el régimen normativo, expresado en términos de las expectativas que no se le pueden frustrar a los inversionistas. Sin embargo, el derecho de inversiones no protegería cualquier expectativa, sino sólo aquellas que son "legítimas" o "razonables", lo que lleva a nuevas preguntas muy precisas sobre los criterios que deben cumplir las expectativas, sobre todo en relación con los marcos normativos complejos que están inevitablemente sujetos a cambios. Los laudos arbitrales de inversión con respecto a la respuesta a la crisis argentina de la década del 2000, ilustran la gran complejidad de juzgar decisiones regulatorias complejas en función de dichos criterios[64]. No está

61 A.V. Lowe, "Fair and Equitable Treatment in International Law (Remarks)", en *ASIL Proceedings,* 2006, Vol. 100, p. 73.

62 Véase la reciente obra de R. Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2011, Capítulo 7.

63 J. Paulsson, *Denial of Justice in International* Law, Cambridge, CUP, 2005.

64 *Cfr.* CMS Gas Transmission Company *vs.* Argentina, Caso ICSID No. ARB/01/08, Final Award, mayo 12 del 2005 (2005) 44 *ILM* 1205 [273]-[295]; LG&E *vs.* Argentina, Caso ICSID

completamente claro si la no discriminación (en sí misma una obligación convencional autónoma en la mayoría de los tratados) es también un elemento del trato justo y equitativo. En conclusión, mientras que la acumulación de las decisiones arbitrales promete una mayor claridad de los criterios particulares, el reto de combinar el concepto más amplio con los criterios particulares sigue vigente.

Asuntos procedimentales

En el derecho internacional tradicional, que era escéptico sobre la personalidad jurídica de los individuos, las disputas sobre supuestos malos tratos de las inversiones extranjeras, por lo general se resolvieron a nivel de Estado a Estado, donde el Estado de origen del inversionista haría la reclamación de su nacional a través de la protección diplomática[65]. Sin embargo, la preocupación por el abuso de la protección diplomática, en particular mediante la aplicación de represalias forzosas, llevaron a la despolitización de la solución de diferencias sobre inversiones mediante la creación de regímenes en los que el inversionista perjudicado podría hacer directamente una demanda contra el Estado anfitrión[66]. A pesar de que los Estados de origen probablemente todavía mantienen sus derechos a participar en la protección diplomática de sus inversionistas (en la medida en que estos derechos no se han suspendido o renunciado explícitamente)[67], en términos prácticos, las disputas de protección de inversiones están resueltas casi exclusivamente en un marco de arbitraje tipo inversionista-Estado.

Los Estados podrían consentir al arbitraje con un inversionista de varias maneras. Históricamente, el consentimiento al arbitraje con frecuencia hizo parte de los contratos celebrados por el Estado y el inversionista. Muchos casos importantes después de la Segunda Guerra Mundial se decidieron precisamente de este modo, encontrando la base jurisdiccional en los contratos

---

No. ARB/02/1, Decision on Liability, ocubre 3 del 2006 (2006) 21 ICSID Rev – Foreign Inv. L J 203 [121]-[145]; Continental Casualty *vs.* Argentina, Caso ICSID No. ARB/03/9, Award, septiembre 5 del 2008 [254]-[270].

65 E. Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915.

66 M. Paparinskis, "The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration", en *Select Proceedings of the European Society of International Law,* 2010, Vol. 3, ESIL Selected Proceedings 271.

67 M. Paparinskis, "Investment Arbitration and the Law of Countermeasures", en *BYIL*, 2008, Vol. 79, 264 Partes III-IV.

y en particular en los contratos de concesión sobre los recursos naturales[68]. Aún así, los arbitrajes basados en contratos tenían inconvenientes significativos. En términos prácticos, dependían de la capacidad de negociación de los inversionistas para insistir con éxito en la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos, y por eso tenían menos probabilidades de estar a disposición de las pequeñas y medianas empresas. Los arbitrajes contractuales también plantearon cuestiones jurídicas complejas acerca de la aplicabilidad del derecho internacional, y tenían menos probabilidades de ser útiles en los casos donde el objeto de la controversia de inversión no era contractual. El consentimiento al arbitraje también puede ser provisto en las leyes nacionales en términos más generales, abordando algunas de las preocupaciones sobre la falta de garantías a los pequeños inversionistas y fuera del contexto contractual. Las leyes domésticas son invocadas algunas veces para proveer una base jurisdiccional de las controversias actuales sobre inversiones[69]. Sin embargo, la manera más importante de otorgar el consentimiento al arbitraje en diferencias sobre inversión es por medio de tratados internacionales.

Es importante destacar que, a diferencia de la configuración contractual donde las partes de un acuerdo son evidentes en el propio convenio, los Estados que suscriben tratados internacionales dan por medio de estos tratados su consentimiento para el arbitraje. Este consentimiento puede ser provisto en los tratados bilaterales o multilaterales de protección de inversiones. Los tratados internacionales brindan el consentimiento de los Estados para arbitrar las disputas de acuerdo con los requisitos del tratado en particular. Primero, en términos *ratione personae*, el inversionista tiene que ser un "inversionista" en el sentido del tratado en particular. Por ejemplo, el artículo 1 del TBI Alemania-Argentina define los inversionistas calificados en los siguientes términos:

> […] (3) El término "nacionales" significará:
> *(a)* En relación con la República Federal de Alemania: Los alemanes en el sentido de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania;
> *(b)* Con respecto a la República Argentina: Los argentinos en el sentido de las disposiciones legales vigentes en Argentina.
> (4) El término "empresa" significará cualquier persona jurídica, así como cualquier empresa o asociación comercial o de otro tipo, con o sin personalidad

68 Por ejemplo, BP Exploration Company (Libya) Limited *vs.* Libya (1973) 53 ILR 297.

69 Brandes Investment Partners, LP *vs.* Venezuela, Caso ICSID No. ARB/08/3, Award, agosto 2 del 2011.

> jurídica, que tenga su sede en el territorio de cualquiera de las partes contratantes, sin importar si sus actividades están dirigidas a las ganancias o no.

Como se desprende de esta definición, tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden ser inversionistas. La mayoría de los arbitrajes de inversión se refieren a la inversión empresarial, aunque las demandas presentadas por personas particulares no son infrecuentes. Diferentes tratados definen a los nacionales corporativos o naturales en diferentes sentidos, y los tribunales en general han estado de acuerdo en aplicar cualquier criterio que haya sido elegido por las partes en el tratado particular. Probablemente lo más controvertido se ha generado por el cambio de paradigma del derecho de la protección diplomática, tradicionalmente fundamentado en la ausencia de un recurso en los casos donde un Estado perjudica a su propio nacional (no obstante, y con algunas excepciones). La introducción de unas fórmulas amplias de la nacionalidad corporativa que no requieren necesariamente una conducta empresarial real en el Estado de origen, permiten situaciones donde una corporación que califica como un inversionista en el "Estado A" en virtud de un tratado entre "los Estados A y B" es en realidad de propiedad y control del "Estado C" o incluso —un completo anatema para el derecho tradicional— del demandado "Estado B." Los tribunales en general han aceptado que el Estado demandado cumpla con su oferta por escrito y no mirar más allá del Estado de incorporación para revisar si hay control en terceros Estados[70] o en el Estado anfitrión, pero el contraste entre el derecho clásico y moderno es muy fuerte en este punto[71].

Segundo, en términos *ratione materiae*, la disputa tiene que relacionarse con una inversión. Una vez más, los tratados de inversión suelen definir éstas como inversiones cubiertas en términos explícitos, como lo hace el TBI Alemania-Argentina en el artículo 1:

> (1) El término "inversiones" se aplicará a los activos de cualquier categoría definidos de conformidad con las leyes y reglamentos de la parte contratante en cuyo territorio la inversión es realizada y admitida de conformidad con el presente tratado y en particular, aunque no exclusivamente, a:
> *(a)* Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, gravámenes y prendas;

70 Saluka Investment BV *vs.* Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Partial Award, marzo 17 del 2006.

71 Rompetrol Group N.V. *vs.* Romania, Caso ICSID No. ARB/06/3, Decision on Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, abril 18 del 2008.

(b) Acciones en sociedades y otras formas de participación en sociedades;
(c) Derecho a dinero que se ha utilizado para crear un valor económico o derecho a la productividad que tenga un valor económico;
(d) Derechos de propiedad intelectual, tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos industriales y comerciales, marcas y nombres comerciales, secretos industriales y comerciales, procedimientos técnicos, conocimientos y benevolencia;
(e) Concesiones de negocios otorgadas por entidades de derecho público, incluyendo concesiones para buscar, extraer y explotar recursos naturales.

La definición amplia (y no exclusiva) de las inversiones podría plantear una serie de problemas de aplicación, pero dos cuestiones han suscitado preocupaciones particulares:

Primero, y este problema se ha planteado en particular en un contexto procesal cuando las demandas son presentadas en el marco del Convenio del CIADI, ¿hay otra definición ("objetiva") de la inversión, o depende totalmente de la enumeración en el instrumento convencional en particular? Algunos tribunales han aceptado la llamada prueba "*Salini-Fedax*" que exige la demostración de (i) una contribución, (ii) de una cierta duración, (iii) de una índole que genere ingresos o beneficios, (iv) que muestre un riesgo particular, y (v) de tal índole que contribuya al desarrollo económico del Estado anfitrión, mientras que otros han tratado estas consideraciones como indicativo y no imperativo[72]. La otra cuestión se refiere a la posibilidad de aplicar doctrinas tales como el abuso del proceso, el abuso del derecho y la buena fe para limitar la libertad de reestructuración de las empresas de inversión, a fin de ponerlas bajo la protección de los tratados de inversión. Hay un cierto grado de apoyo para la exclusión de la reestructuración diseñada para internacionalizar un conflicto esencialmente doméstico[73].

Tercero, el consentimiento puede estar acompañado por condiciones y limitaciones. El artículo 10 del TBI Alemania-Argentina establece que:

> (1) Las controversias relativas a las inversiones en el sentido del presente Tratado entre una de las partes contratantes y un nacional o sociedad de la otra parte contratante, en la medida de lo posible, se solucionarían de manera amistosa entre las partes en la controversia.

72 Véase: Abaclat *et al. vs.* Argentina, Caso ICSID No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility [343]-[351].

73 Phoenix Action, Ltd. *vs.* Czech Republic, Caso ICSID No. ARB/06/5, Award, abril 15 del 2009.

(2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no puede ser resuelta dentro de los seis meses, desde la fecha en que una de las partes interesadas dio aviso sobre la controversia, ésta deberá, a solicitud de cualquiera de las partes, someterse a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

(3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las siguientes circunstancias:

(a) A petición de una de las partes en controversia, donde, después de un periodo de dieciocho (18) meses contados a partir del momento en que se inició el proceso judicial previsto en el párrafo 2 de este artículo, ninguna decisión final ha sido tomada o cuando una decisión no se ha tomado porque las partes todavía están en disputa;

(b) Cuando las dos partes en la controversia así lo han acordado.

(4) En los casos previstos en el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, podrán ser presentadas por mutuo acuerdo, cuando en la controversia ellas no han acordado otra cosa, ya sea a un procedimiento arbitral en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral *ad hoc* establecido de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Si no hay acuerdo después de un periodo de tres meses contados a partir del momento en que una de las partes pidió la iniciación de los procedimientos de arbitraje, la controversia se someterá a los procedimientos de arbitraje bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del 18 de marzo de 1965, a condición de que ambas partes contratantes sean partes en dicho Convenio. De lo contrario, la controversia se someterá al mencionado tribunal arbitral *ad hoc*[74].

Los tratados de inversión normalmente dan el consentimiento del Estado para arbitrar las disputas de tratados de inversión con los inversionistas calificados en una serie de regímenes procesales, y el reclamo del inversionista da la otra mitad del consentimiento. Los tratados por lo general requieren que los inversionistas negocien con el Estado durante un determinado periodo de tiempo antes de someter la queja a arbitraje (seis meses de acuerdo con artículo 10(2)). Algunos tratados requieren también

74 Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (concluido el 9 de abril 1991, entró en vigor el 8 de noviembre de 1993), 1910 UNTS 172.

que los inversionistas litiguen durante un cierto periodo de tiempo en los tribunales nacionales antes de presentar la solicitud de arbitraje (dieciocho meses de acuerdo con el artículo 10(2)).

A veces (pero no en el TBI Alemania-Argentina) los tratados de inversión prevén la llamada "cláusula de bifurcación de caminos" (*fork in the road*). Los inversionistas tienen que elegir si van a presentar su demanda ante los tribunales nacionales o los de arbitraje de inversión, pero no en ambos. Para distinguir si las quejas por infracciones de derecho contractual o administrativo de la jurisdicción interna son las mismas quejas sobre las violaciones de los tratados de inversión, la prueba para considerar es "la base fundamental de la pretensión"[75].

Cuarto, los tratados de inversión normalmente dan al inversionista la elección de tribunales de arbitraje en donde puede demandar al Estado anfitrión. El artículo 10(4) del TBI citado anteriormente prevé la posibilidad de elegir entre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI") y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("Reglas de la CNUDMI"). Mientras que otros foros arbitrales están a veces disponibles, la elección entre el CIADI institucionalizado y el CNUDMI *ad hoc*, es la que los demandantes consideran más seriamente. El CIADI, por un lado, es una institución del Banco Mundial establecida por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados[76]. Para que el arbitraje del CIADI esté disponible, tanto el Estado del inversionista como el Estado demandado tienen que ser partes en el tratado. Mientras que el CIADI establece un régimen procesal autosuficiente y sofisticado[77], no crea un órgano judicial, y la solución de diferencias todavía se lleva a cabo sobre una base *ad hoc* (tal vez no adecuadamente armonizada por el vehículo de los comités de anulación *ad hoc*). Por el contrario, los arbitrajes de la CNUDMI se realizan a la manera de los arbitrajes comerciales internacionales ordinarios, sin una estructura procedimental particular relacionada con el inversionista (aunque las recientes preocupaciones sobre la transparencia en el arbitraje de inversión también se están discutiendo en la CNUDMI)[78].

75 Pantechiki S.A. Contractors & Engineers *vs.* Albania, Caso ICSID No. ARB/07/21, Award, julio 30 del 2009 [61]-[67].

76 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (adoptado el 18 de marzo 1965, entró en vigor el 14 de octubre 1966), 575 UNTS 159. Para conocer más sobre el CIADI véase: www.worldbank.org/icsid.

77 Para un comentario detallado véase: C. Schreuer, *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, segunda edición, Cambridge, CUP, 2009.

78 Véase: www.uncitral.org/uncitral/commission /working_groups/2Arbitration.html.

(Nuevos) retos

A finales de la década de los noventa, el arbitraje de inversión podía ser tratado como uno de los varios regímenes procesales existentes con éxito moderado, pero sin una importancia particular. En el derecho internacional contemporáneo, el derecho de protección de la inversión necesariamente es reconocido como una de las áreas más dinámicas e importantes. Sin embargo, el éxito tiene un precio necesario: con la creciente importancia de los aspectos sustantivos y procedimentales del régimen, sus fundamentos legales y políticos han sido objeto de un examen cuidadoso (y crítico). En vista de la variedad y complejidad de los temas involucrados, algunos de los retos seleccionados serán brevemente esbozados, tratando en primer lugar las normas sustantivas y en segundo lugar los temas de procedimiento.

Al pensar en los aspectos sustantivos del derecho de protección de la inversión, el desarrollo más importante se refiere a la naturaleza de los conflictos sustantivos que son considerados por los tribunales. Mientras que los jueces en principio sólo declaran y aplican las obligaciones existentes, la elaboración adjudicativa de esas obligaciones ha llamado la atención por la sensibilidad de los temas que podrían ser abordados desde la perspectiva del régimen particular. Por ejemplo, los tribunales tratan rutinariamente temas complejos y sensibles que reflejan importantes decisiones regulatorias, como la salud[79], medio ambiente[80], impuestos[81], administración judicial[82], emergencias económicas[83] y la prestación de importantes servicios al público en general[84]. Los Estados, los jueces y los doctrinantes han respondido de distintas formas al desafío de la aplicación de reglas frecuentemente imprecisas en las áreas sensibles de las políticas domésticas. La respuesta más natural es la de aplicar las herramientas de razonamiento jurídico tradicional de

79 Por ejemplo, Methanex Corporation *vs.* US, UNCITRAL Arbitration, Final Award, agosto 3 del 2005.

80 Por ejemplo, *ibídem,* Metalclad Corporation *vs.* United States of America, Caso ICSID Additional Facility No. ARB(AF)/97/1, Award, agosto 30 del 2000.

81 Por ejemplo, EnCana Corporation *vs.* Ecuador, Caso LCIA No. UN3481, Award, febrero 3 del 2006.

82 Por ejemplo, Loewen *vs.* US, Caso ICSID No. ARB(AF)/98/3, Final Award, junio 26 del 2003; Victor Pey Casado and President Allende Foundation *vs.* Chile, Caso ICSID No. ARB/98/2, Award, mayo 8 del 2008.

83 Por ejemplo, CMS Gas Transmission Company *vs.* Argentina, Caso ICSID No. ARB/01/08, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment, septiembre 25 del 2007.

84 Por ejemplo, Azurix Corp. *vs.* Argentina, Caso ICSID No. ARB/01/12, Award, julio 14 del 2006.

forma diligente, encontrando el significado de los términos del tratado por medio de la interpretación del derecho consuetudinario, la fusión de la práctica de los Estados y la *opinio juris*, y los principios generales, en una cuidadosa separación de elementos comunes en prácticas nacionales representativas. La sistematización de las explicaciones más convincentes podría tener lugar a través de las decisiones arbitrales o escritos legales autorizados.

Sin embargo, los Estados contratantes a veces no están dispuestos a aceptar las opiniones de los jueces que reflejen con exactitud el contenido de las obligaciones pertinentes, y participan en esfuerzos de reinterpretación y reformulación de los estándares, al mismo tiempo que participan en los arbitrajes[85]. Tales esfuerzos podrían plantear cuestiones del debido proceso y sobre si es adecuado que una parte en controversia tenga el poder para afectar el contenido de las normas aplicables a la sustancia de la controversia. Otro tipo de reacción a las obligaciones sustantivas insatisfactorias, menos problemático en términos jurídicos, es cambiar los tratados modelo que proporcionan el punto de partida para las negociaciones del tratado. Aunque no afectan la fuerza vinculante de los tratados existentes, estos cambios sugieren la desaprobación del alcance de tales obligaciones. Por supuesto, los tratados existentes también pueden ser renegociados o terminados, de conformidad con las reglas aplicables del derecho de los tratados.

En un sentido distinto, los acontecimientos recientes han demostrado la imposibilidad de aislar el derecho de inversión de otros regímenes de derecho internacional y del derecho internacional general. El derecho de inversión podría basarse en o estar en conflicto con tales regímenes, como los derechos humanos, el medio ambiente y el comercio[86]. La jurisprudencia arbitral ha demostrado, además, cómo casos concretos pueden ser decididos por metacuestiones profundas de derecho internacional general: como clasificar las cláusulas exceptivas de los tratados en términos de la taxonomía de las normas primarias y secundarias[87]; si un intérprete de un tratado

85 A. Roberts, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States", en *AJIL,* 2010, Vol. 104, 179.

86 P-M Dupuy, E-U Petersmann y F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, OUP, 2009; B. Simma y T. Kill, "Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology", en C. Binder y otros (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph* Schreuer, Oxford, OUP, 2009; M.W. Gehring, M-C Cordonnier-Segger y A. Newcombe (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2011; B. Simma, "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?", en *ICLQ,* 2011, Vol. 60, 573.

87 CMS Gas Transmission Company *vs.* Argentina (Caso ICSID No. ARB/01/08, Decision on Annulment of 25 September 2007), en parágrafos 121-135.

puede contar con el derecho consuetudinario, sólo si la costumbre aborda precisamente el mismo tema[88]; lo que las normas secundarias de exclusión de la ilicitud realmente significan[89]; y cómo la aplicación provisional de los tratados opera en arbitraje de tratados de inversión[90]. Es perfectamente claro que el derecho de inversión no puede (¿ya?) darse el lujo de tratar el derecho de los tratados y la responsabilidad como algo "diferente" del derecho de la inversión, y no sólo en el sentido de que el derecho de inversión forma parte integrante de las normas tradicionales, los métodos de creación y la aplicación del derecho internacional: en términos muy utilitarios, tales argumentos son muy propensos a determinar la forma en que se discutirán y decidirán los casos reales[91].

Los retos procedimentales aparecen y son abordados en muchos niveles. Uno podría distinguir entre los acontecimientos en el proceso arbitral y los desarrollos a nivel sistémico. Dentro del proceso arbitral, si uno tuviera que destacar un desarrollo particular, probablemente sería el mayor paso hacia la transparencia y la participación pública. El paradigma tradicional de arbitraje destaca el carácter privado de solución de controversias, elegida por las partes y resuelta por las personas de su confianza. Sin embargo, los arbitrajes de tratados de inversión parecen plantear cuestiones de mayor interés público, si se observa el objeto de la obligación (del Estado), la fuente de la obligación (el tratado o el derecho consuetudinario), la cantidad monetaria de la reclamación u otras cuestiones reglamentarias abordadas[92]. La respuesta en los diferentes marcos de procedimiento ha sido aceptar la posibilidad de una mayor transparencia y el acceso público a la información dentro de las normas existentes; como alternativa, los tribunales han encontrado poderes inherentes o han cambiado las reglas a favor de una mayor participación del público. Los tribunales del CIADI han reconocido la existencia de poderes inherentes para aceptar comunicaciones de terceros. El Tribunal del caso *Aguas Argentina SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal SA* vs. *Argentina (Aguas)* dependió

88 CMS Annulment, *ibídem*, en parágrafos 129-135; Sempra Energy International *vs.* Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment of 29 June 2010), en parágrafos 186-209.

89 Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. *vs.* Argentina (Caso ICSID No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment), en parágrafos 355-395.

90 Yukos Universal Limited (Isle of Man) *vs.* Russia (Caso PCA No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility), en parágrafos 244-398.

91 M. Paparinskis, "Investment Law of/for/before the 21st Century", en *Leiden Journal of International Law,* 2012, Vol. 25 (1), 225, 234.

92 G. van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, OUP, 2007.

de sus poderes inherentes y de la autoridad del artículo 44 para abordar las peticiones de los *amici curiae.* Aceptó la existencia de poderes inherentes para permitir la participación de terceros en el procedimiento, pero estos poderes se vieron limitados por el texto expreso de los Reglamentos de Arbitraje que requieren el consentimiento de las partes como condición[93]. Sin embargo, no hubo limitaciones de los poderes inherentes a aceptar presentaciones apropiadas de terceros, y el tribunal procedió a determinar las condiciones para eso (adecuación de los temas, la idoneidad del tercero y el procedimiento de la presentación)[94]. La exactitud en la interpretación de los poderes del tribunal fue confirmada por los cambios posteriores en los Reglamentos de Arbitraje, explicando el poder de aceptar presentaciones *amici curiae* en términos similares a los utilizados por el Tribunal[95].

En términos sistémicos, las definiciones amplias de nacionalidad corporativa y acciones como inversiones protegidas, han planteado la posibilidad de proliferación de procedimientos múltiples respecto a lo que efectivamente es la misma controversia. Los casos de *CME* y *Lauder* vs. *La República Checa*, que vienen de los primeros años del 2000, siguen siendo los mejores ejemplos para este desafío[96]. CME era una empresa holandesa incorporada y Lauder, de nacionalidad estadounidense, era su accionista mayoritario. Se presentaron dos demandas contra la República Checa en relación con lo que era esencialmente la misma controversia, una bajo el TBI de Estados Unidos por Lauder, y la otra en el TBI holandés por CME. La primera demanda fue desestimada, mientras que la segunda se permitió. Si bien el resultado es intuitivamente insatisfactorio, el carácter descentralizado de las normas sustantivas y de procedimiento hace que las soluciones adecuadas no sean totalmente claras: en términos técnicos, las partes y la causa de la demanda son diferentes (por lo tanto, las técnicas tradicionales de cosa juzgada y pleito pendiente no se aplicarían), y queda abierta la pregunta de si el paralelismo arbitral puede ser calificado como un abuso del proceso. Si bien la escogencia de estos ejemplos no está libre de arbitrariedad, creemos que estos acontecimientos ilustran todo el espectro de desafíos que enfrenta

93 Aguas Argentina SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal SA *vs.* Argentina, Caso ICSID No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*, mayo 19 del 2005 [6].

94 *Ibídem,* [10]-[32].

95 Aguas Argentina SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA, Vivendi Universal SA *vs.* Argentina, Caso ICSID No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition of Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an *Amicus Curiae* Submission, febrero 12 del 2007 [14]-[15].

96 Lauder *vs.* Czech Republic, Caso UNCITRAL, Award, septiembre 3 del 2001; CME *vs.* Czech Republic, Caso UNCITRAL, Partial Award, septiembre 13 del 2001.

el derecho de inversión: desde las principales opciones de política sobre los regímenes sustanciales y de procedimiento más adecuados, a las opciones técnicas complejas que operan tratando de cambiar el régimen actual.

Puede ser adecuado concluir con la siguiente reflexión intertemporal: los problemas que afectan al derecho de inversión no son nuevos, y ni siquiera son antiguos —siempre han acompañado al derecho sobre la protección de los intereses comerciales más allá de los límites de la comunidad particular[97].

Bibliografía

Abaclat and Others vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility.

ADC Affiliate Limited, ADC & ADMC Management Limited vs. *Hungary*, Caso ICSID No. ARB/03/16, Award, octubre 2 del 2006.

Aguas Argentina SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal SA vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*, mayo 19 del 2005.

Aguas Argentina SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal SA vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition of Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an *Amicus Curiae* Submission, febrero 12 del 2007.

Alan Vaughan Lowe, "Fair and Equitable Treatment in International Law (Remarks)", en *ASIL Proceedings,* 2006, Vol. 100.

Alain Pellet, "The ILC's Articles on State Responsibility", en J. Crawford, A. Pellet y S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2010.

Alwyn Vernon Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice,* Londres, Longmans, Green and Co., 1938.

Andrew Newcombe y Luis Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment,* Países Bajos, Wolters Kluwer, 2009.

Anthea Roberts, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States", en *AJIL,* 2010, Vol. 104.

Anthony Sinclair, "The Umbrella Clause Debate", en A.K. Bjorklund y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, Londres, BIICL, 2009.

August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection,* Oxford, Oxford University Press, 2008.

97 Paparinskis, "Investment Law of/for/before the 21st Century", p. 237.

__ "Legality of Expropriations", en A. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, OUP, 2008.

Azurix Corp. vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB/01/12, Award, julio 14 del 2006.

Bernardus Henricus Funnekotter and Others vs. *Zimbabwe*, Caso ICSID No. ARB/05/6, Award, abril 22 del 2009.

Brandes Investment Partners, LP vs. *Venezuela*, Caso ICSID No. ARB/08/3, Award, agosto 2 del 2011.

Bruno Simma, "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?", en *ICLQ,* 2011, Vol. 60.

Bruno Simma y Theodore Kill, "Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology", en Christina Binder y otros (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph* Schreuer, Oxford, OUP, 2009.

BP Exploration Company (Libya) Limited vs. *Libya* (1973) 53 ILR 297.

Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, *BIVAC B.V.* vs. *Paraguay,* Caso ICSID No. ARB/07/9, Decision on Objections to Jurisdiction, mayo 29 del 2009.

Campbell McLachlan, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

Charles de Visscher, "Le déni de justice en droit international", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International,* 1935, Vol. 52.

Christoph Schreuer y otros, *The ICSID Convention: A Commentary,* segunda edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Clementine Bories, "The Hague Conference of 1930", en James Crawford, Allan Pellet y Simon Olleson (eds.), en *The Law of International Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2010.

CMS Gas Transmission Company vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB01/08, Final Award, mayo 12 del 2005 (2005) 44 *ILM* 1205.

CMS Gas Transmission Company vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB01/08, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment, septiembre 25 del 2007.

CMS Gas Transmission Company vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB01/08, Decision on Annulment, septiembre 25 del 2007.

Committee on Foreign Affairs of US House of Representatives, "Expropriation of American-Owned Property by Foreign Governments in the Twentieth Century", en *ILM,* 1963, Vol. 2.

Continental Casualty vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB/03/9, Award, septiembre 5 del 2008.

Department of State, "Report on Nationalization, Expropriation and other Takings of US and Certain Foreign Property since 1960", en *ILM,* 1972, Vol. 11.

Edwin Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915.

Emilio Brusa y Ludwig von Bar, "Règlement sur la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile", en *Annuaire de l'Institut de droit international,* 1900, Vol. 18, 47.

Emilio Brusa, "La responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute ou de guerre civile", en *Annuaire de l'Institut de droit international,* 1898, Vol. 17.

EnCana Corporation vs. *Ecuador*, LCIA Case No. UN 3481, Award, febrero 3 del 2006.

Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, LP vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment.

Frank Berman, "The Relevance of the Law on Diplomatic Protection in Investment Arbitration", en F. Ortino y otros (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues II,* Londres, BIICL, 2007.

Fortier Y. Fortier y Stephen L. Drymer, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor", en *ICSID Rev.,* 2004, Vol. 19.

Glamis Gold Ltd. vs. *US*, UNCITRAL Arbitration, Award, junio 8 del 2009.

Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, OUP, 2007.

Harvard Draft Convention on the Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigner, en *American Journal of International Law Special Supplement,* 1929, Vol. 23.

I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law,* Oxford, OUP, 2009.

ICJ, *Ambatielos* (Greece *vs.* UK), Jurisdiction 1952, ICJ Rep 28.

ICJ, *Ambatielos* (Greece *vs.* UK), Merits: Obligation to Arbitrate 1953, ICJ Rep 10.

ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium *vs.* Spain), 1970, ICJ Rep 3, Separate Opinion of Judge Padilla Nervo.

ICJ, *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)* (US *vs.* Italy), 1989, ICJ Rep 15.

James Crawford y Tom Grant, "Responsibility of States for Injuries to Foreigners", en Jan Paulsson, *Denial of Justice in International* Law, Cambridge, CUP, 2005.

J. Grant y J. Baker (eds.), *Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal,* Nueva York, W&S Hein and Co, 2007.

Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treatiesm,* Oxford, Oxford University Press, 2010.

John P. Bullington, "The Land and Petroleum Laws of Mexico", en *AJIL,* 1928, Vol. 22.

Lauder vs. *Czech Republic*, Caso UNCITRAL, Award, septiembre 3 del 2001; CME *vs.* Czech Republic, Caso UNCITRAL, Partial Award, septiembre 13 del 2001.

L.F.H. Neer y Pauline Neer (US *vs.* México) (1926) 4 RIAA 60.

LG&E vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB/02/1, Decision on Liability, octubre 3 del 2006 (2006) 21 ICSID Rev – Foreign Inv L J 203.

Loewen vs. *US*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award, junio 26 del 2003.

Lucie Laithier, "Private Codification Efforts", en J. Crawford, A. Pellet y S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2010.

Markus W. Gehring, Marie-Claire Cordonnier-Segger y Andrew Newcombe (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law,* La Haya, Kluwer Law International, 2011.

Martins Paparinskis, "Sources of Law and Arbitral Interpretations of *Pari Materia* Investment Protection Rules", en O.K. Fauchald y A. Nollkaemper (eds.), *The Practice of International and National Courts and the (De)Fragmentation of International Law,* Oxford, Hart Publishing, 2012.

__ "*Barcelona Traction*: A Friend of Investment Protection Law", en *Baltic Yearbook of International Law,* 2008, Vol. 8.

__ "Investment Arbitration and the Law of Countermeasures", en *BYIL,* 2008, Vol. 79.

__ "Investment Law of/for/before the 21st Century", en *Leiden Journal of International Law,* 2012, Vol. 25 (1).

__ "MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond *Maffezini* and *Plama*?", en *ICSID Rev – Foreign Investment L. J.,* 2011, Vol. 26 (2).

__ "Regulatory Expropriation and Sustainable Development", en MW Gehring, M-C Cordonnier-Segger and A. Newcombe (eds.), *Sustainable Development in International Investment Law,* La Haya, Kluwer Law International, 2011.

— "The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration", en *Select Proceedings of the European Society of International Law*, 2010, Vol. 3.

— *International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment,* Oxford, OUP, 2012.

M.D. Verwey y Nico J. Schrijver, "The Taking of Property under International Law: a New Legal Perspective?", en *Netherlands Y.B. Int'l L.,* 1984, Vol. 15.

Merrill & Ring Forestry L.P. vs. *Canada*, UNCITRAL, ICSID Administered Case, Award, marzo 31 del 2010.

Metalclad Corporation vs. *United States of America*, ICSID Additional Facility Case No. ARB(AF)/97/1, Award, agosto 30 del 2000.

Methanex Corporation vs. *US*, UNCITRAL Arbitration, Final Award, agosto 3 del 2005.

Mondev vs. *US*, Caso ICSID No. ARB(AF)/99/2, Award, octubre 11 del 2002 (2003) 42 *ILM* 85.

Pantechiki S.A. Contractors & Engineers vs. *Albania*, Caso ICSID No. ARB/07/21, Award, julio 30 del 2009.

Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law,* Oxford, Oxford University Press, 2008.

Phoenix Action, Ltd. vs. *Czech Republic*, Caso ICSID No. ARB/06/5, Award, abril 15 del 2009.

Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, OUP, 2009.

Roland Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2011.

Rompetrol Group N.V. vs. *Romania*, Caso ICSID No. ARB/06/3, Decision on Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, abril 18 del 2008.

Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law,* Oxford, Oxford University Press, 2008.

Rudolf Dolzer, "Indirect Expropriation of Alien Property", en *ICSID Rev.,* 1986, Vol. 1.

__ "Indirect Expropriation: New Developments", en *N.Y.U. Envtl. L.J.,* 2002-2003, Vol. 11.

__ "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", en *AJIL,* 1981, Vol. 75.

Saluka Investment BV vs. *Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration, Partial Award, marzo 17 del 2006.

Sempra Energy International vs. *Argentine Republic*, Caso ICSID No. ARB/02/16, Decision on Annulment, junio 29 del 2010.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. *Paraguay,* Caso ICSID No. ARB/07/29, Award, febrero 10 del 2012.

Shabtai Rosenne, "State Responsibility: *Festina Lente*", en *British Yearbook of International Law,* 2004, Vol. 75.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. *Argentina*, Caso ICSID No. ARB/03/19 and AWG *Group* vs. *Argentina*, Caso UNCITRAL, Decision on Liability, julio 30 del 2010.

UN General Assembly Resolution 3201 (S-VI), "Declaration on the Establishment of a New International Economic Order", UN Doc. A/RES/S-6/3201 de mayo 1 de 1974.

UN General Assembly Resolution 3281 (XXIX), Charter of Economic Rights and Duties of States, UN Doc. A/RES/29/3281 del 12 de diciembre de 1974.

Vaughan Lowe, "Changing Dimensions of International Investment Law", en *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series,* 2007, Vol. 4.

Victor Pey Casado and President Allende Foundation vs. *Chile*, Caso ICSID No. ARB/98/2, Award, mayo 8 del 2008.

Waste Management vs. *US* (II), ICSID Additional Facility Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award, abril 30 del 2004 (2004) 43 *ILM* 967.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. *Russia*, Caso PCA No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility.

Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

__ "Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: *Occidental*, *Eureko and Methanex*", en *Arbitration Intl,* 2006, Vol. 22.

CAPÍTULO 14

Normas financieras globales y redes regulatorias: La perspectiva global del derecho administrativo

Maurizia De Bellis

Introducción

Las normas, principios y directrices financieras globales no son un fenómeno nuevo. Como secuela del colapso Bankhaus Herstatt, los directores de los bancos centrales del G10 establecieron el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (CSBB) en 1974, el cual comenzó a establecer las primeras normas bancarias a finales de esa década[1]. Sin embargo, solamente en los últimos años de la década de los noventa es que el fenómeno cobra impulso. El G7 comenzó a apoyar el proceso de establecimiento de normas dentro del CSBB y de su contraparte de valores, la Organización Internacional de Comisiones de Valores (OICV), por no mencionar al emisor de estándares privados para la contabilidad, el entonces llamado Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASC, por sus siglas en inglés; en el 2001 fue reorganizado y cambió su nombre al de Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad [IASB por sus siglas en inglés]). Al mismo tiempo, el G7 se enfocó en fomentar el proceso de difusión de las normas, con la participación del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial.

La difusión de la normatividad financiera global ha sido considerada por mucho tiempo una tendencia exitosa. Particularmente, redes transnacionales reguladoras (las RTR) tales como el CSBB y la OICV, que constituyen el núcleo del proceso, fueron consideradas como un "arquitrabe" del Nuevo

1 Ethan B. Kapstein, *Governing the Global Economy. International Finance and the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

Orden Mundial[2]. Las críticas se basaban en el carácter secreto y tecnocrático de estas redes[3]. Otros sostuvieron lo contrario, mostrando que la transparencia creciente y el debido proceso seguido por las redes eran medios efectivos para fortalecer su responsabilidad[4].

A raíz de la crisis financiera global, tanto la efectividad de las normas como una herramienta de regulación[5] y la eficiencia de las redes como un foro preferente para la cooperación[6] han sido cuestionadas. El debido proceso que seguían los reguladores globales ya no era considerado como un instrumento para lograr una mayor responsabilidad, sino como una de las razones que conducían a la "captura del regulador", lo cual ayudaría a explicar el fracaso de algunas de las normas globales[7].

El fenómeno de las normas financieras globales se ha estudiado desde numerosas perspectivas de investigación. Algunos han enfatizado el papel que el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial han jugado dentro de una nueva "arquitectura financiera internacional"[8]. Otros analizan la infraestructura de la regulación financiera global, argumentando que la sustancia de la regulación financiera mundial está frecuentemente determinada por entidades privadas[9]. Desde otra perspectiva, como se mencionó anteriormente, las redes transgubernamentales son identificadas como el elemento clave de la nueva arquitectura financiera[10].

2 Anne-Marie Slaughter, *A New World Order,* Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 224.

3 Martin Shapiro, "Deliberative', 'Independent' Technocracy *vs.* Democratic Politics: Will the Globe Echo the EU?", en *Law & Contemporary Problems*, 2005, Vol. 68, No. 3-4, pp. 342 y ss, y Sol Picciotto, "Networks in International Economic Integration: Fragmented States and the Dilemmas of Neo-Liberalism", en *Northwestern Journal of International Law & Business,* 1997, Vol. 17, No. 2/3, pp. 1014 y ss.

4 Michael S. Barr y Geoffrey P. Miller, "Global Administrative Law: the View from Basel", en *European Journal of International Law,* 2006, Vol. 17, No. 1, pp. 15 y ss.

5 Layna Mosley, "An End to Global Standards and Codes?", en *Global Governance,* 2009, Vol. 15, pp. 1 y ss.

6 David Zaring, "International Institutional Performance in Time of Crisis", en *Chicago Journal of International Law*, 2010, Vol. 10, pp. 475 y ss.

7 Daniel Tarullo, *Banking on Basel. The Future of International Financial Regulation*, Washington D.C., Peterson Institute, 2008, pp. 104 y ss.

8 Véase: Ngaire Woods, *The Globalizers. The IMF, the World Bank, and Their Borrowers*, Ithaca, Cornell University Press, 2006; y D.D. Bradlow y D.B. Hunter (eds.), *International Institutions and International Law*, Alphen-The Netherlands, Wolters Kluwer, 2010.

9 Entre los primeros, Timothy Sinclair, "The Infrastructure of Global Governance: Quasi-Regulatory Mechanisms and the New Global Finance", en *Global Governance,* 2001, Vol. 7, pp. 441 y ss. Para un análisis reciente: Tim Buthe y Walter Mattli, *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2011.

10 Anne-Marie Slaughter, "The Real New World Order", en *Foreign Affairs,* 1997, Vol. 76, No. 5, pp. 184 y ss.

El Derecho Administrativo Global (DAG), como enfoque de investigación, es especialmente adecuado para enmarcar las normas financieras mundiales[11]: lo anterior, en razón de los sujetos intervinientes, el objeto de la regulación, los procedimientos que se utilizan en el sector financiero y, finalmente, debido a la interacción nacional/global que tales normas implican.

En primer lugar, los estudiosos del DAG han identificado cinco tipos principales de administración global: la administración por las organizaciones internacionales oficiales; la administración basada en la acción colectiva de las redes transnacionales de funcionarios gubernamentales; la administración distribuida; la administración híbrida intergubernamental/privada y la administración por instituciones privadas con funciones de regulación[12]. En la gobernanza financiera mundial es posible encontrar instituciones identificables en la mayoría de estos modelos. Organizaciones internacionales intergubernamentales, tales como el FMI y el Banco Mundial, intervienen en la implementación de las normas financieras. Redes regulatorias transnacionales, como el CSBB y la OICV, desarrollan reglas para actividades bancarias y valores. El IASB y la Federación Internacional de Contadores (IFAC, por sus siglas en inglés), que establecen las normas de contabilidad y auditoría, son ejemplos de gobernanza global privada. El Consejo de Estabilidad Financiera (CEF), que reúne no sólo a las organizaciones intergubernamentales internacionales y las redes regulatorias transgubernamentales mencionadas anteriormente, sino también a los reguladores nacionales, es un caso de administración híbrida.

En segundo lugar, el contenido de las normas es de naturaleza administrativa. Dado que las autoridades nacionales de reglamentación no pueden

11 Entre las primeras series de artículos sobre el derecho administrativo global, hay tres revistas de simposios: Benedict Kingsbury, *et al*. (eds.), "The Emergence of Global Administrative Law", en *Law and Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68, pp. 1-385; Benedict Kingsbury y Nico Krisch (eds.), "Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", en *European Journal of International Law,* 2006, Vol. 17, pp. 1-278; y el "Global Administrative Law Symposium", en *New York University Journal of International Law and Politics,* 2005, Vol. 37. Publicaciones posteriores incluyen documentos de las conferencias organizadas por la Escuela de Nueva York de la Universidad de Derecho Instituto de Derecho Internacional y Justicia (IILJ, por sus siglas en inglés) y las instituciones asociadas: una serie considerable de versiones de prepublicación de artículos académicos, capítulos de libros o revistas —conocidos como *"working papers"*— y extensas bibliografías, así como enlaces a documentos de otros estudiosos de todo el mundo, se pueden encontrar en los sitios web: www.iilj.org/GAL y http://www.irpa.eu/index.asp?idA=161. También véase: Sabino Cassese, *et al*. (eds.), *Global Administrative Law: the Casebook*, tercera edición, 2012. En: www.iilj.org/GAL/GALCasebook.asp.

12 Véase: Benedict Kingsbury, *et al*., "The Emergence of Global Administrative Law", en *Law & Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68, pp. 15 y ss., en 20-23.

lidiar con problemas (tales como la estabilidad financiera) que tienen impacto y alcance global, las mismas establecen la regulación a través de redes transnacionales[13].

En tercer lugar, tanto los reguladores transnacionales como los privados están estableciendo de manera creciente sus normas de conformidad con procedimientos semejantes a los principios reconocidos en el derecho administrativo nacional[14].

En cuarto lugar, la aplicación de normas globales se aparta del modelo tradicional del derecho internacional. No hay ratificación de tratados internacionales[15]. Las normas globales se configuran simplemente como *"soft law"* voluntario. Las autoridades reguladoras que participan en la red aplican las normas en razón de la reputación y la experiencia de la red. Se espera que los actores del mercado utilicen las normas privadas, como las de contabilidad, de manera voluntaria. En la última década, sin embargo, se ha utilizado una serie de diferentes mecanismos para mejorar la aplicación y la efectividad de las normas mundiales.

El presente documento proporcionará, en primer lugar, un panorama general de los diferentes órganos que intervienen en la regulación financiera global (sección "La arquitectura financiera internacional"). En segundo lugar, examinará algunos ejemplos de normas globales, teniendo en cuenta tanto su contenido como el proceso de su establecimiento (sección "Las normas y el procedimiento de establecimiento de normas"). En tercer lugar, se analizará la implementación de las normas globales, y más concretamente su tendencia a "hacer una transición de *'soft law'* a *'hard law'*"[16]

13 Richard Stewart, "Administrative Law in 21st century", en *New York Law Review,* 2003, Vol. 78, pp. 437 y ss.

14 Véase: Sabino Cassese, "A Global Due Process of Law", en Anthony Gordon, *et al.* (eds.), en *Values in Global Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 17 y ss; Giacinto della Cananea, "Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law", en *European Public Law*, 2003, pp. 563 y ss; Armin von Bogdandy, "Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO Law and the Prospects of its Proceduralization", en Stefan Griller (ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns-New Challenges for the International Legal Order*, Viena-Nueva York, Springer, 2003, pp. 128 y ss.

15 Véase: Benedict Kingsbury, *et al*., "Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative Law", en *Law & Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68, No. 3-4, p. 1 y ss, en 3; y Richard Stewart, "U.S. Administrative Law: a Model for Global Administrative Law?", en *Law & Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68, No. 3-4, pp. 63 y ss, en 69.

16 Véase: Robert P. Delonis, "International Financial Standards and Codes: Mandatory Regulation Without Representation", en *New York University Journal of International Law & Politics,* 2004, Vol. 36, pp. 563 y ss.

(sección "La implementación: entre *'hard law'* y *'soft law'")*. Por último, se analizarán los regímenes de responsabilidad de los reguladores, que parecen beneficiarse constantemente desde la perspectiva de DAG (sección "Observaciones finales").

La arquitectura financiera internacional

Los diferentes órganos que intervienen en la gobernanza financiera mundial tienen su origen en los diferentes tipos de administración global analizada dentro de la literatura del DAG.

El G7, el G20, el FMI y el Banco Mundial

La participación del G7 en el establecimiento de normas financieras globales se remonta a los años noventa. En la cumbre de Lyon, el Grupo de los Siete reconoció la actividad de los organismos de normalización "e instó al FMI y al Banco Mundial a promover la aplicación de las normas"[17]. Como se demostrará en la sección "La implementación: entre *'hard law'* y *'soft law'*", el papel de las instituciones financieras internacionales (IFI) en este proceso es más un papel relacionado con hacer cumplir las normas, que un papel de normalización.

La influencia del G7 en la formación de la arquitectura financiera mundial aumentó a finales de los años noventa, como secuela de la crisis financiera asiática[18]. Las reformas aprobadas en ese momento se basaron en la creación de dos nuevas instituciones[19].

El G20 reúne a los países emergentes y los del G10[20]. Aunque desde su comienzo fue considerado un adelanto en la dirección de una mayor

17 G7, *Economic Communiqué: Making a Success of Globalization for the Benefit of All*, junio 28 de 1996. En: http://www.g7.utoronto.ca/summit/1996lyon/communique.html. Para un comentario de tal evolución véase: W. Murden, "Banking Supervision and Government Policy: the Role of Regulators in International Financial Reform", en *Fordham Finance, Securities and Tax Law Forum,* 1999, Vol. 4, pp. 35 y ss.

18 Después de la crisis financiera asiática, la presión sobre la necesidad de una nueva arquitectura financiera internacional fue particularmente frecuente, véase: *ex multis*, B. Eichengreen, *Toward a New Financial Architecture. A Practical Post-Asia Agenda*, Washington D.C, Institute for International Economics, 1999.

19 Véase: *Communiqué of G-7 Finance Ministers and Central Bank Governors*, febrero 20 de 1999. En: http://www.g7.utoronto.ca/finance/fm022099.htm.

20 Los países emergentes como Argentina, Brasil, China, India, Indonesia, Corea, México, Rusia, Arabia Saudita, Sudáfrica y Turquía.

inclusión y representación[21], el G20 se reunió hasta el 2008 solamente como un grupo de ministros de finanzas. Cuando se estableció por primera vez, el Foro de Estabilidad Financiera (FSF, por sus siglas en inglés) reunió, por un lado, la banca, valores y reguladores transnacionales de seguros (el CSBB, la OICV y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros [IAIS, por sus siglas en inglés], respectivamente), las organizaciones intergubernamentales internacionales (el FMI, el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] y el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales [GAFI]) y organizaciones privadas (como el IASB) y, por otro lado, participaron las autoridades nacionales de los países del G7 y de Australia, Países Bajos, Hong Kong y Singapur)[22].

Debido a la propagación de la crisis financiera global, el papel de ambas instituciones se fortaleció después del año 2008. La primera cumbre política del G20 tomó lugar en Washington, en noviembre del 2008. El G20 tiene como objetivo establecerse como "el principal foro para la cooperación económica internacional"[23]y, según algunos comentaristas, en los últimos años tuvo el papel principal en la gobernanza financiera global, al establecer la agenda de reformas financieras, a costa de los organismos tecnocráticos, como el CSBB y la OICV[24].

Una red híbrida: el Consejo de Estabilidad Financiera (CEF)

Después de la crisis financiera mundial, el FSF se reorganizó como el Consejo de Estabilidad Financiera (CEF), amplió su membresía[25], y su mandato y facultades fueron claramente identificados dentro de la Carta del CEF,

21 En este sentido véase: Randall D. Germain, "Global Financial Governance and the Problem of Inclusion", en *Global Governance,* 2001, Vol. 7, pp. 411 y ss.

22 Así mismo, el Banco de Pagos Internacionales (BPI), junto con sus comités (Comité de Sistemas de Pago y Liquidación [CPSS, por sus siglas en inglés] y el Comité sobre el Sistema Financiero Global [CGFS, por sus siglas en inglés]), y el BCE participaron en el Foro.

23 G20, *Leaders' Statement*, Pittsburgh, septiembre 23-24 del 2009, parágrafo 19. En: http://www.g20.org/Documents/pittsburgh_summit_leaders_statement_250909.pdf.

24 David Zaring, "International Institutional Performance in Time of Crisis", en *Chicago Journal of International Law,* 2010, Vol. 10, pp. 475 y ss.

25 El CEF fue establecido después de la Cumbre del G20 en Londres, abril del 2009, y ha ampliado su membresía a todas las autoridades reguladoras de los países del G20, véase: FSB, *press release*, *Financial Stability Forum Re-established as the Financial Stability Board*, abril 2 del 2009. En: http://www.financialstabilityboard.org/press/pr_090402b.pdf.

la cual había sido anteriormente insuficiente[26]. En el CEF participan (junto con las organizaciones internacionales, redes transnacionales y el IASB, que ya eran miembros del FSF) las autoridades administrativas nacionales (como los bancos centrales, las autoridades de supervisión y los departamentos de tesorería) de los países del G20. Por lo tanto, éste es un ejemplo de la administración híbrida, pública-privada.

Según la Carta, las principales tareas incluidas en el mandato del CEF son: (a) evaluar las vulnerabilidades que afectan el sistema financiero mundial, junto con la identificación de acciones relacionadas necesarias para abordarlas, y sus resultados; (b) promover la coordinación y el intercambio de información entre las autoridades encargadas de la estabilidad financiera; (c) monitorear la evolución del mercado; (d) monitorear las mejores prácticas de cumplimiento de las normas regulatorias; (e) realizar revisiones estratégicas conjuntas del desarrollo de políticas de los organismos internacionales de normalización, para garantizar que su trabajo sea oportuno, coordinado, orientado hacia prioridades y abordando lagunas[27].

El CEF parece desempeñar un papel triple en la gobernanza financiera global: coordina la actividad de los organismos de normalización; identifica las prioridades y las acciones que se deben tomar bajo esta consideración (que lo ha venido haciendo no sólo en la preparación de informes periódicos, sino también en la publicación de las recomendaciones y directrices); y supervisa la aplicación de las normas a través de la evaluación de sus pares. A pesar de sus limitaciones (tales como la escasez de recursos y la falta de poderes vinculantes)[28], en los últimos tres años, la Junta ha desempeñado un papel fundamental, funcionando como un vínculo entre el G20 y los organismos de normalización, dando prioridad a las reformas, estableciendo algunas normas relevantes directamente y tratando de establecer nuevos instrumentos para fomentar la aplicación de las normas.

26 Véase: FSB, *Financial Stability Board Charter*, septiembre del 2009. En: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_090925d.pdf .

27 FSB, *Charter*, artículo 2, parágrafo 1.

28 Para una perspectiva crítica véase: Eric Helleiner, "La riforma della regolamentazione finanziaria internazionale: le cose fatte e quelle da fare", en *L'architettura del mondo nuovo*, editado por P. Guerrieri y D. Lombardi, Boloña, Il Mulino, 2010, pp. 79 y ss., en 93-4. También véase: Douglas W. Arner y Michael W. Taylor, "The Global Financial Crisis and the Financial Stability Board: Hardening the Soft Law of International Financial Regulation?", en *AIIFL Working Paper No. 6,* 2009. En: http://ssrn.com/abstract=1427084; y Eric J. Pan, "Challenge of International Cooperation and Institutional Design in Financial Supervision: Beyond Transgovernmental Networks", en *Chicago Journal of International Law,* 2010, Vol. 11, pp. 244 y ss.

Las Redes Transnacionales Reguladoras (las RTR): el CSBB y el OICV

Según Anne-Marie Slaughter, las redes transnacionales reguladoras (las RTR) son "patrones de relaciones regulares y teleológicas entre las unidades de gobierno, trabajando a través de las fronteras que dividen los países entre sí"[29]. Son "transgubernamentales" porque "involucran funcionarios nacionales especializados, que interactúan directamente entre sí, a menudo con un mínimo de supervisión por las cancillerías"[30]. El concepto de "red" está muy extendido en la literatura jurídica y de ciencias políticas, en referencia a un modelo de cooperación altamente informal, poco estructurado, que no ocurre a través de la negociación.

El CSBB y la OICV son dos ejemplos destacados de las RTR. Fundado en 1974 por los gobernadores de los bancos centrales del G10, el CSBB es probablemente la red regulatoria transgubernamental más poderosa y conocida[31]. Su membresía ha sido ampliada a raíz de la crisis financiera global para incluir representantes de los países del G20[32]. Por su parte, los orígenes de la OICV también se remontan a 1974, cuando se creó la Asociación Interamericana de Comisiones de Valores[33]. En 1983, esta asociación se transformó en una red universal. La estructura de la OICV se encuentra en sus estatutos (que no son accesibles al público).

29 Véase: Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, *op. cit.*, en 14. También véase: David Zaring, "International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations", en *Texas International Law Journal*, 1998, Vol. 33, No. 2, pp. 281 y ss. e Id., "Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration", en *The University of Chicago International Law Journal,* 2005, Vol. 5. En: http://ssrn.com/abstract=692764. Entre las aportaciones más recientes sobre el tema véase: Pierre-Hughes Verdier, "Transnational Regulatory Networks and Their Limits", en *Yale Journal of International Law,* 2009, Vol. 34, pp. 113 y ss, y Michael J. Warning, *Transnational Public Governance. Networks, Law and Legitimacy*, Nueva York, Palgrave, 2009.

30 Véase: Kal Raustiala, "The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law", en *Virginia Journal of International Law,* 2002, Vol. 43, No. 1, pp. 1 y ss., en 4-5.

31 Sobre la historia, la estructura y la actividad del CSBB véase: Duncan R. Wood, *Governing Global Banking. The Basel Committee and the Politics of Financial Globalization*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2005.

32 Gobernadores de los bancos centrales y jefes de supervisión de Argentina, Indonesia, Arabia Saudita, Sudáfrica y Turquía, así como Hong Kong y Singapur son ahora miembros del Comité, véase: BCBS, *Basel Committee Broadens its Membership*, Press Release, junio 10 del 2009. En: http://www.bis.org/press/p090610.htm.

33 Sobre la OICV véase: A.A. Sommer Jr., "Iosco: its Mission and Achievement", en *Northwestern Journal of International Law & Business,* 1996-1997, Vol. 17, pp. 15 y ss.

Durante mucho tiempo, se han comparado las dos redes y son dos las razones para esto. En primer lugar, en tanto la OICV está abierta a cualquier regulador nacional de valores, la membresía del CSBB está cerrada. Algunos analistas llegaron a la conclusión de que "Basilea es un ejemplo de liderazgo; OICV es un ejemplo de democracia"[34]. En segundo lugar, el CSBB ha sido considerado por mucho tiempo como la RTR más poderosa, y la OICV se ha visto como la más débil[35].

Las organizaciones privadas: el IASB y la IFAC

El Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB, por sus siglas en inglés) es una organización internacional compuesta por entidades privadas, que establecen normas y directrices para el sector de contabilidad. Fundado en el 2001, el IASB es el sucesor del Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASC), creado en 1973, en Londres[36]. Los objetivos del IASB son: desarrollar, en interés del público, un solo grupo de normas globales de contabilidad de alta calidad, ejecutables y comprensibles; promover el uso y la aplicación rigurosa de las normas; y lograr la convergencia de las normas contables nacionales e internacionales[37]. Las normas de contabilidad establecidas por el IASC hasta el año 2001 se llaman Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), mientras que las normas producidas por el IASB después de esa fecha se han llamado Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF). Debido a que el IASB adoptó y continúa actualizando la NIC, a las normas globales de contabilidad se les refiere con frecuencia como las NIC/NIIF.

Fundada en 1977 y con sede en la ciudad de Nueva York, la Federación Internacional de Contadores (IFAC, por sus siglas en inglés) es una organización internacional privada que establece normas para la auditoría. Durante los últimos treinta años, la membresía de la IFAC ha crecido, de

34 Véase: John Braithwaite y Peter P. Drahos, *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, en 156.

35 Daid Zaring, *Peer Review As a Metric of Success for Regulatory Networks*, *Paper presented at the V GAL Seminar,* Viterbo, junio 12-13 del 2009, en 4. En: http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/06/81.pdf.

36 Para una visión general de la IASB véase: Walter Mattli y Tim Buthe, "Global Private Governance: Lessons from a National Model of Setting Standards in Accounting", en *Law & Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68, No. 3-4, pp. 225 y ss.

37 Véase: IFRS Foundation, *Constitution*, 2010, parágrafo 2. En: http://www.ifrs.org/NR/rdonlyres/0B820728-7F10-4877-8068-7B65D2A3058B/0/ConstitutionDec2010.pdf.

los 63 miembros del comienzo, para ahora incluir 155 miembros[38]. Según la Constitución de la IFAC, su misión es "servir al interés público"; en particular, tiene por objeto fortalecer la profesión contable de varias formas: estableciendo y promocionando la adhesión a normas de alta calidad profesional, e impulsando la convergencia internacional de tales normas[39].

Cuatro comités de la IFAC están encargados de una función normativa: el Consejo de Normas Internacionales de Auditoría y Aseguramiento (IAASB, por sus siglas en inglés), la Junta Internacional de Normas Contables de Educación (IAESB, por sus siglas en inglés), el Consejo de Normas Internacionales de Ética para Contadores (IESBA, por sus siglas en inglés) y el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (IPSASB, por sus siglas en inglés), que establecen las normas, respectivamente, para la auditoría, para la educación de la contabilidad, para los códigos internacionales de ética para los contadores, y para las necesidades de contabilidad reportadas e información financiera de los gobiernos nacionales, regionales y locales[40].

Debido a que las NIC/NIIF se han ido extendiendo progresivamente, siendo reconocidas como vinculantes en varias jurisdicciones[41], el IASB es considerado como un ejemplo destacado de regulación global privada. Las normas de la IFAC (y más concretamente las de su comité IAASB), a pesar de ser reconocidas entre las doce "normas fundamentales" del CEF para la estabilidad financiera, son menos conocidas.

Una diferencia significativa entre las dos organizaciones radica en su composición. La IFAC está compuesta por representantes de las organizaciones nacionales de la profesión contable. A la vez, es el organismo que representa a los contadores profesionales a nivel mundial y el emisor de estándares para la auditoría. Es posible que haya un conflicto potencial entre el papel de organismo normativo internacional al servicio del interés público, y la función de representar y promover la profesión contable mundial[42].

38 Si v. http://www.ifac.org/History/. Para un comentario véase: A. Loft, *et al*., "In Pursuit of Global Regulation: Changing Governance and Accountability Structures at the International Federation of Accountants (IFAC)", en *Accounting, Auditing & Accountability Journal,* Vol. 19, No. 3, 2006, pp. 428 y ss.

39 Véase: IFAC *Constitution*, 2012, parágrafo 1.4. En: http://www.ifac.org/sites/default/files/callouts/IFAC%20Constitution.pdf,

40 Véase: http://www.ifac.org/auditing-assurance; http://www.ifac.org/education; http://www.ifac.org/ethics y http://www.ifac.org/public-sector, respectivamente.

41 Véase: la encuesta de Deloitte: *Use of Ifrs by jurisdictions*. En: http://www.iasplus.com/country/useias.htm.

42 Véase: A. Loft, *et al*., "In Pursuit of Global Regulation", en 442.

Hasta el 2001, la membresía de la IFAC y del IASC estaba firmemente conectada: todos los miembros de la primera organización eran también miembros de la segunda[43]. Cuando el IASC se reorganizó como el IASB, la composición de la organización cambió radicalmente: en primer lugar, no se previó la correspondencia con los miembros de la IFAC y, adicionalmente, el objetivo de representar en cuatro organismos de las nuevas organizaciones (la Fundación de las NIIF, el IASB, el Consejo Asesor de las NIIF y el Comité de Interpretaciones NIIF) a todos los involucrados en las prácticas contables (auditores, preparadores, usuarios, académicos) fue claramente establecido[44]. A pesar de las numerosas disposiciones de la Constitución de la Fundación NIIF destinadas a garantizar una representación equilibrada de todos los intereses involucrados, algunos datos sugieren que la reforma de la composición del IASB, del 2001, corre el riesgo de sustituir la influencia de profesionales contables de la organización, por el control de las grandes multinacionales de auditoría[45].

Síntesis

Una serie de diferentes entidades intervienen o toman parte en la arquitectura financiera global. Éstas constituyen diferentes modelos de administración global: internacional, transnacional y privada. El CEF conecta y coordina todos estos organismos, trabajando como un vínculo entre los organismos de normalización (transnacional y privado) y el G20.

Es necesario reevaluar la tesis según la cual el papel creciente del G20 trae consigo el papel preponderante de la política a costa de la experticia técnica. Como se mostrará al examinar el proceso de establecimiento de normas, es dentro de las redes regulatorias transnacionales y de las organizaciones privadas donde el proceso de normalización se lleva a cabo y se toman las decisiones reglamentarias, mientras que el G20 tiende a dar una orientación general sobre las estrategias que se deben adoptar. Además, dicha orientación generalmente se acuerda previamente en el CEF y posteriormente es aprobada por el G20. Por consiguiente, el CEF tiene la función

43 Véase: IASC Strategy Working Party, *Shaping IASC for the Future, Discussion Paper,* diciembre 1998, en 43. En: http://www.iasplus.com/resource/ref.htm

44 Véase: *IFRS Foundation Constitution*, parágrafos 7, 25 y 27.

45 Véase: Sebastian Botzem, "Transnational Expert-driven Standardisation-Accountancy Governance from a Professional Point of View", en Jean-Christophe Graz y Andreas Nölke (eds.), en *Transnational Private Governance and its Limits*, Londres, Routledge, 2007, pp. 44 y ss., en 54.

de "establecer la agenda" y juega el papel de "guía", mientras que el G-20 da su respaldo político a las opciones regulatorias que han sido elaboradas por el CEF.

Las normas y el procedimiento de establecimiento de normas

Las normas globales cubren muchas áreas de la regulación financiera y se elaboran de diferentes formas (algunas son más amplias y otras más específicas). Un buen punto de partida para su análisis es el Compendio CEF de normas financieras, a pesar de que la eficacia de la regulación global está estrictamente vinculada a la aplicación de reglas más específicas, tales como el Acuerdo de Capital de Basilea, el Código de Conducta de la OICV para las agencias de calificación crediticia y las recomendaciones del CEF sobre derivados e instituciones financieras sistémicamente importantes (SIFI, por sus siglas en inglés).

Las doce "normas fundamentales" del Compendio CEF

Ya a finales de los años noventa, el Foro de Estabilidad Financiera (FSF) comenzó a recopilar el "Compendio de Normas", en el que reunió todas las normas financieras y económicas reconocidas internacionalmente como "importantes para sistemas financieros sensatos, estables y que funcionan bien", establecidas por los miembros del FSF. El Compendio ha sido respaldado posteriormente por el CEF, el sucesor del FSF. Sin embargo, el CEF pareció abandonar la idea de una codificación general de todas las normas existentes en el área financiera (el proceso de actualización en los últimos años sólo incluyó una norma nueva); en cambio, la iniciativa del CEF se centra en las doce "normas fundamentales" del Compendio que se consideran esenciales para los sistemas financieros sólidos.

Las "normas fundamentales" corresponden a un igual número de temas que son, a su vez, reagrupados en tres áreas macro. El área macro de "política macroeconómica y la transparencia de datos" incluye la transparencia de la política monetaria y financiera, la transparencia fiscal y la difusión de datos. El área macro "regulación y supervisión financiera" abarca la supervisión bancaria, la supervisión de los seguros y la supervisión de los valores. El área macro de "infraestructura institucional y del mercado" cubre la resolución de crisis y la garantía de depósitos, la insolvencia, la gestión empresarial, contabilidad, auditoría, pago y liquidación, y la integridad del mercado.

Entre las normas fundamentales más relevantes están los Principios Básicos de Basilea para una supervisión bancaria efectiva (CPB, por sus siglas en inglés), los Objetivos y Principios de la Regulación de Valores de la OICV, las NIC/NIIF del IASB y las normas internacionales de auditoría establecidas por el IAASB de la IFAC[46].

Debido a que el proceso de actualización no se ha seguido en los últimos años, el Compendio, como ya se mencionó, no ayuda a identificar todas las normas financieras internacionales relevantes; sin embargo, es útil para establecer las diferentes áreas incluidas en la regulación financiera a nivel global. Además, toda vez que las normas incluidas en el Compendio provienen de los diferentes actores que participan en la arquitectura financiera global, se ve confirmado el papel del CEF como coordinador de los emisores de normas transnacionales y privadas.

El Acuerdo de Capital de Basilea

La regulación de capital ha sido considerada como uno de los principales instrumentos para controlar la estabilidad financiera. La crisis financiera mundial que comenzó en el 2008 mostró que el nivel de capital era insuficiente respecto a los riesgos que estaban tomando las instituciones financieras.

La norma más conocida del Comité de Basilea, Basilea II, fue publicada en junio del 2004, después de un amplio proceso de consultas, y estaba destinada a sustituir el Acuerdo de Capital de Basilea de 1988[47]. Basilea II permite que los bancos elijan entre dos metodologías para el cálculo de requisitos de capital por riesgo de crédito, el enfoque "estandarizado" (según el cual el riesgo y, en consecuencia, las necesidades de capital que un banco tiene que respetar, dependerán de la calificación del emisor), y el enfoque "basado en calificaciones internas" (IRB, por sus siglas en inglés, según el cual los bancos calificadores pueden utilizar sus propias estimaciones para cuantificar su exposición).

Las críticas relacionadas con Basilea II son múltiples: van desde su efecto procíclico[48], a los dos métodos establecidos por el acuerdo. La dependencia

46 Véase: http://www.financialstabilityboard.org/cos/key_standards.htm.

47 Véase: http://www.bis.org/publ/bcbsca.htm.

48 Véase: The High Level Group on Financial Supervision in the EU, *Report* (el denominado *De Larosière Report*), febrero 25 del 2009, en 17-21. En: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_en.htm#delarosierereport; Group of Thirty, *Financial Reform: A Framework for Financial Stability*, 2009, en 12-4. En: http://www.group30.org/pubs/pub_1460.htm; FSF, *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*, abril 7 del 2008, en 15. En: http://www.fsforum.org/list/fsf_publications/tid_110/index.htm.

del enfoque estandarizado en calificaciones externas parece problemática, debido al mal desempeño de las agencias durante la crisis[49]. Se cuestiona también el método IRB, aunque los críticos varían constantemente en la literatura jurídica y económica[50].

Siguiendo las recomendaciones del CEF, el Comité de Basilea revisó la norma global para las necesidades de capital, que se publicó en el 2010 (el denominado Basilea III)[51]. Los cambios en el acuerdo tienen dos objetivos principales: obligar a los bancos a tener más y mejor calidad de capital, y el establecimiento de requisitos de capital "dinámicos" (con el fin de evitar la prociclicidad)[52]. Estos dos propósitos se buscan aumentando el capital común de los bancos en un 7% de los activos ponderados por riesgo, incluyendo un colchón de conservación de capital del 2,5%, y un colchón anticíclico.

Según los comentaristas, Basilea III aumentará constantemente los requerimientos de capital de los bancos, contribuyendo así a su estabilidad[53]. Sin embargo, los dos métodos polémicos de ponderación por riesgo no se cambiaron (Estándar e IRB) —una decisión que ha generado crítica—[54]. En términos más generales, el impacto negativo de las nuevas reglas de capital sobre crecimiento, especialmente en el contexto de la crisis de la deuda soberana europea, es muy problemático[55].

49 Véase: De Larosière Report, en 16; C. Calomiris, "Prudential Bank Regulation: What's Broke and How To Fix It", *Working Paper,* abril 2009, en 15. En: http://www.cmc.edu/somc/charles_calomiris_2_042009.pdf.

50 Para una crítica general véase: Daniel Tarullo, *Banking on Basel*, en 177-189 y 265-270; para un enfoque más matizado véase: De Larosière Report, en 16, alegando que los modelos internos de riesgo "pueden pasar la prueba en condiciones normales", pero fueron "claramente basados en horizontes estadísticos demasiado cortos y esto resultó insuficiente para las circunstancias excepcionales recientes".

51 Véase: BCBS, *Basel III: International Framework for Liquidity Risk Measurement, Standards and Monitoring*, diciembre 16 del 2010. En: http://www.bis.org/publ/bcbs188.htm. Una versión revisada se publicó en junio del 2011, véase: BCBS, *Basel III: International Framework for Liquidity Risk Measurement, Standards and Monitoring,* versión revisada, junio 1 del 2011. En: http://www.bis.org/publ/bcbs189.htm.

52 Véase: Jaime Caruana, *Regulatory Reform: Remaining Challenges*, julio 7 del 2011: En: http://www.bis.org/speeches/sp110711.htm .

53 Véase: Adrian Blundell-Wignall y Paul Atkinson, *Thinking Beyond Basel III: Necessary Solutions for Capital and Liquidity*, mayo del 2010, en *OECD Journal: Financial Market Trends*, 2010. También disponible en: www.oecd.org/dataoecd/42/58/45314422.pdf, en 13-4.

54 Véase: Alan Blinder, "Two Cheers for the New Bank Capital Standards", en *Wall Street Journal*, septiembre 30 del 2010; Adrian Blundell-Wignall y Paul Atkinson, *Thinking Beyond Basel III,* pp. 16-7, en 21.

55 Si v. Douglas J. Elliott, *Basel III, the Banks and the Economy*, julio 23 del 2010, The Brooking Institution Paper, p. 1. En http://www.brookings.edu/papers/2010/0726_basel_elliott.aspx

Como se mencionó anteriormente, Basilea II se aprobó después de un debido proceso que marcó un cambio respecto al anterior comportamiento secreto del Comité. Se trató de la publicación de tres proyectos consultivos, cada uno seguido por un periodo en el cual los interesados pudieron enviar sus comentarios. La participación en el proceso fue masiva, con más de doscientas cartas de comentarios para cada documento de consulta[56]. Sin embargo, el debido proceso del CSBB para la aprobación de reglas de capital se enfrentó a dos límites: primero, los actores involucrados eran en su mayoría bancos e instituciones financieras, con poca o ninguna participación de los consumidores y académicos[57]; segundo, la participación fue concedida por el Comité caso por caso, con ninguna regla general que limitara su discreción para el futuro que se estaba estableciendo[58]. Los académicos jurídicos sugirieron que los derechos procesales concedidos en el procedimiento de elaboración de normas de Basilea II mejoraban la aptitud de la red de rendir cuentas[59]. Sin embargo, se ha sugerido una interpretación diferente: que este proceso de participación pudo haber llevado a la captura del regulador global por los bancos[60].

Cuando se aprobó Basilea III, sólo se publicó un proyecto de exposición para los comentarios del público[61], mientras que el documento final se publicó después de un año (un periodo mucho más corto que los cinco años necesarios para finalizar Basilea II). En lugar de tres rondas de avisos y comentarios, sólo una fue utilizada por el Comité. La participación fue generalizada, con más de doscientas cartas de comentarios enviadas al Comité[62]. Una vez más, los participantes eran en su mayoría bancos e instituciones financieras.

Las reglas globales para las necesidades de capital son muy controversiales. Ellas parecen ser un paso en la dirección de construir bancos más

56 Véase: http://www.bis.org/bcbs/cacomments.htm .

57 Véase: Michael S. Barr y Geoffrey P. Miller, "Global Administrative Law: the View from Basel", p. 24.

58 Véase: Stefano Battini, "Introduzione", en Id. (ed.), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Giuffrè, 2007, pp. 1 y ss., en 11.

59 Véase: Michael S. Barr y Geoffrey P. Miller, "Global Administrative Law: the View from Basel", p. 24.

60 Duncan R. Wood, *Governing Global Banking*, en 150.

61 Véase: BCBS, *Consultative Proposals to Strengthen the Resilience of the Banking Sector Announced by the Basel Committee*, diciembre 17 del 2009. En: http://www.bis.org/press/p091217.htm.

62 Véase: *Comments Received on the Consultative Documents "Strengthening the Resilience of the Banking Sector" and "International Framework for Liquidity Risk Measurement, Standards and Monitoring"*, abril 2010. En: http://www.bis.org/publ/bcbs165/cacomments.htm.

estables; sin embargo, los métodos de ponderación por riesgo subyacentes al acuerdo mostraron algunos defectos graves que no fueron resueltos. Desde el punto de vista de los procedimientos de elaboración de normas que se siguieron, la experiencia del Comité sugiere que los avisos y comentarios utilizados a nivel mundial deben ser cuidadosamente escudriñados, para que efectivamente conduzcan tanto a una mayor responsabilidad como eficacia, y no resulten en una "captura del regulador".

El Código de Conducta de la OICV para agencias de calificación crediticia

Las agencias de calificación crediticia (las ACC) como Standard & Poor's, Moody's y Fitch (empresas privadas que proporcionan una evaluación independiente de la solvencia de un emisor) están entre los primeros en la lista de los culpables de la crisis financiera mundial que comenzó en el 2008. Entre el 2004 y el 2007, las ACC asignaron calificaciones extremadamente altas a productos de crédito de estructura compleja (contribuyendo al crecimiento excepcional de préstamos de alto riesgo), seguido por descensos marcados de estos instrumentos cuando la confusión financiera se desplegó. Consecuentemente, el mal desempeño de las ACC contribuyó tanto a la construcción como a la extensión de la crisis[63].

Las razones del fracaso de las ACC son muchas. Por un lado, su bajo rendimiento está conectado al conflicto de intereses inherente a su actividad, que viene del modelo de "el emisor-paga" (es decir, que a las ACC les pagan los emisores que son evaluados)[64]. Este conflicto es aún más fuerte en el área de productos financieros derivados, toda vez que los mismos representan la gran mayoría de los ingresos de las ACC[65]. Además, los posibles conflictos de intereses adicionales vienen de servicios de consultoría y de servicios secundarios que las ACC pueden realizar, conduciendo a que tales instituciones pueden asesorar a sus clientes sobre cómo estructurar un valor, con el fin de obtener la mejor clasificación y, posteriormente, clasificar un

63 FSF Report, *op. cit.*, en 32.

64 Véase: *ex multis*, Wilem H. Buiter, "Lessons from the 2007 Financial Crisis", en *CESR Policy Insight,* No. 18, diciembre del 2007, en 4. En: www.cepr.org

65 Véase: John C. Coffee, "The Mortgage Meltdown And Gatekeeper Failure", en *New York Law Journal,* septiembre 20 del 2007, en 5; y Charles A. Goodhart, "How, if at all, should CRAs be regulated?", en Id., *The Regulatory Response to the Financial Crisis*, Edward Elgar Publishing, 2009, 113 *et seq.,* en 121.

valor diseñado según sus propias instrucciones[66]. Por otro lado, sin embargo, parece que los errores de apreciación fueron causados también por el uso de metodologías estadísticas deficientes[67].

Las ACC no operan en un vacío normativo. En el 2004, la OICV aprobó un Código de Conducta para las Agencias de Calificación Crediticia[68]. Poco después del colapso de Enron, la red transnacional de reguladores de valores publicó un informe sobre la actividad de las ACC, con el fin de identificar los problemas claves de la reglamentación; más tarde, elaboró un documento de consulta y, después de recibir los comentarios de las ACC, el CSBB, la IAIS y los emisores, publicó el Código[69].

El Código OICV pretendía fomentar la protección del inversionista, sin socavar la independencia de las agencias[70]. Se centra en la defensa de la integridad del proceso de calificación y evita conflictos de intereses. Según el Código, una ACC debe publicar su metodología de calificación y la calificación debe reflejar toda la información conocida, y considerada relevante, por la ACC[71]. En cuanto a uno de los aspectos más controversiales de la actividad de las ACC, los servicios auxiliares, el Código no los prohíbe; sin embargo, pide a la agencia que "separe, operativamente y legalmente, su negocio de calificación crediticia y los analistas ACC de otros negocios de la ACC, incluso las empresas de consultoría, que puedan presentar un conflicto de intereses". Además, la ACC "debe asegurar que las operaciones de negocios auxiliares que no necesariamente presentan un conflicto de intereses con las actividades de calificación de la ACC, dispongan de procedimientos y mecanismos diseñados para minimizar la probabilidad de que surjan estos conflictos de interés"[72].

El Código OICV es una norma voluntaria. Según el mismo, los miembros de la OICV esperan que las ACC le den pleno efecto. Más específicamente, las ACC deben revelar con cuáles disposiciones de su propio código de conducta se pretende cumplir con las disposiciones del Código OICV; en caso de que

66 Véase: Wilem H. Buiter, "Lessons from the 2007 Financial Crisis", en 4.

67 Véase: CGFS, *Ratings in Structured Finance: What went wrong and what can be done to address shortcomings?*, en CGFS Publications No. 32, julio 2008, en 5. En: http://www.bis.org/publ/cgfs32.htm

68 Véase: IOSCO, *Code of Conduct Fundamentals For Credit Rating Agencies*, diciembre 2004, IOSCOPD180.

69 Véase: IOSCO, *Code of Conduct Fundamentals For Credit Rating Agencies, Consultation Report from the TC Chairmen Task Force on CRAs*, octubre 2004, IOSCOPD173, and *Public Comments on Code of Conduct Fundamentals for CRAs*, noviembre 2004, IOSCOPD177.

70 Véase: IOSCO CRA Code, en 3.

71 *Ibídem,* parágrafos 1.1. y 1.4.

72 *Ibídem,* parágrafo 2.5.

se estuvieran desviando de él, las ACC tienen la obligación de explicar cómo esas desviaciones están, sin embargo, en consonancia con los objetivos generales del Código (llamado principio *de cumplir* o *de explicar*)[73].

En el 2008, después del despligue de la crisis, revelando una serie de críticas sobre la conducta de las ACC, se revisó el Código OICV[74]. Como era de esperarse, los cambios principales involucraron calificaciones de productos financieros estructurados. En primer lugar, una ACC debe diferenciar las calificaciones de productos financieros estructurados, de las calificaciones tradicionales de bonos corporativos[75]. En segundo lugar, teniendo en cuenta la evidencia de las malas metodologías utilizadas por las ACC para evaluar los derivados, una nueva disposición obliga a las agencias a abstenerse de emitir una calificación crediticia, "en los casos en que la complejidad o la estructura de un nuevo tipo de producto estructurado o la falta de datos sólidos sobre los activos subyacentes al producto estructurado elevan serias dudas sobre si la ACC puede determinar una calificación crediticia creíble para el valor"[76]. No hay prohibición de prestar servicios auxiliares; sin embargo, según el principio 1.14-1, una ACC "debería prohibir a sus analistas hacer propuestas o recomendaciones sobre el diseño de los productos financieros estructurados que una ACC califica".

El proceso de revisión demuestra que la OICV se dio cuenta de problemas sustanciales en su propio Código. Sin embargo, si estas modificaciones hicieron que la norma global para las ACC fuera una regulación más eficiente es una cuestión abierta, que depende en parte del nuevo modelo de implementación de estas normas en las jurisdicciones nacionales.

Las recomendaciones CEF

Como se mencionó anteriormente, después de que la crisis financiera cambiara su función de simple coordinador de las reglas de los organismos de normalización afectados por su predecesor, el FSF comenzó a adoptar sus propias directrices y recomendaciones. Los ejemplos incluyen los Principios para Prácticas de Compensación Sólida (PSCP, por sus siglas en inglés)[77], seguido por las Normas de Implementación más específicas de la misma

73 *Ibídem,* en 2.

74 IOSCO, *The Role of Credit Rating Agencies in Structured Finance Markets-Final Report*, mayo 2008, Anexo A. En: http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD270.pdf .

75 *Ibídem,* principio 3.5. *e*.

76 *Ibídem,* principio 1.7-3.

77 FSB, *Principles for Sound Compensation Practices*, abril 2 del 2009.

área[78], los Grupos de Recomendaciones sobre Derivados Extrabursátiles (OTC, por sus siglas en inglés)[79] y las Instituciones Financieras de Importancia Sistémica (SIFI, por sus siglas en inglés)[80].

Los Principios y las Normas para Prácticas de Compensación se aprobaron en el 2009, cuando la presión para reformar era más alta, poco después del colapso de Lehman Brothers. Los esfuerzos del CEF para una acción efectiva son evidentes en la fórmula utilizada: un grupo de principios seguido por normas destinadas a especificar las disposiciones más relevantes de los mismos principios.

En el área de derivados y de instituciones financieras de importancia sistémica (SIFI), el tipo de reglas elaboradas por la Junta promulgan un modelo muy diferente de la interacción entre la regulación global y nacional. En la medida en que el entonces presidente del CEF, Mario Draghi, dijo: "en el área de derivados y SIFI, la recomendación de la Junta no sugiere armonización *ex ante*; por el contrario, aspiran a fomentar la convergencia cuando ya se han adoptado las disciplinas nacionales"[81].

En dos áreas generalmente consideradas cruciales para el éxito de la reforma financiera (como es sabido, los derivados fueron un factor clave en el desarrollo de la crisis financiera global, mientras que las consecuencias provenientes del colapso de Lehman Brothers aumentaron la atención sobre el problema de las llamadas "instituciones demasiado grandes para quebrar"), las reglas globales dejaron más espacio a la autonomía nacional de reglamentación.

Recapitulación

Las normas financieras globales son un grupo de disposiciones muy diversas. Pueden redactarse como principios amplios (por ejemplo, los Principios Básicos del CSBB de supervisión bancaria y los Objetivos y Principios de la OICV de supervisión de los valores, ambos entre las doce normas fundamentales del Compendio; y también los principios del CEF para las prácticas de compensación sólida), o como reglas más específicas (por ejemplo, el

78 Si v. FSB, *Principles for Sound Compensation Practices. Implementation Standards*, septiembre 25 del 2009.

79 FSB, *Implementing OTC Derivatives Market Reforms*, octubre 25 del 2010.

80 FSB, *Reducing the Moral Hazard posed by Systemically Important Financial Institutions*, octubre 20 del 2010.

81 Véase: entrevista con Mario Draghi, *La spinta di Draghi alla regolamentazione dei CDS*, en *IlSole24Ore*, marzo 8 del 2010.

Acuerdo de Capital de Basilea sobre los requisitos de capital). Además, también pueden variar desde el punto de vista de su impacto en la autonomía nacional de regulación: aún si la mayoría pretenden fomentar la armonización *ex ante*, algunas (como las recomendaciones del CEF para derivados y SIFI) tienen la intención de obligar a la convergencia en la implementación de las regulaciones nacionales.

La eficacia de las reglas globales varía. Basilea II ha sido acogida como un poderoso esfuerzo para aumentar la estabilidad de los bancos; sin embargo, deja espacio para la crítica. Además, las reformas en el área de las necesidades de capital y ACC se han visto acompañadas por reglas más débiles en las áreas de derivados y las SIFI, que son tanto o más relevantes que las primeras. Este desequilibrio puede deberse al momento de la reforma, pues las iniciativas aprobadas poco después de la propagación de la crisis se vieron menos afectadas por la presión de los *lobbies* financieros[82]. Queda por ver cómo el desarrollo de la crisis de la deuda soberana de la Unión Europea afectará el proceso de reforma: si van a hacer más evidentes las lagunas en la regulación actual, consecuentemente impulsando reformas, o si la preocupación por el crecimiento económico congelará dicho proceso.

El proceso de normalización financiera mundial también muestra las posibles deficiencias del debido proceso de los reguladores globales. En áreas diferentes a la banca, el procedimiento de elaboración de normas se determina previamente en los detalles, e involucra una evaluación de un tercero sobre la implementación efectiva del debido proceso por parte del regulador: el debido proceso del IASB y la IFAC son dos ejemplos típicos[83]. El procedimiento de elaboración de normas del Comité de Basilea parece más problemático: concedido por el Comité caso por caso, e involucrando más que todo a bancos e instituciones financieras, el riesgo de captura regulatoria es mayor.

La implementación: entre *"hard law"* y *"soft law"*

El cumplimiento de las normas financieras globales es generalmente voluntario. Las autoridades nacionales pueden optar por aplicar las reglas

82 Richard Portes, "Wasting a Crisis", en *Eurointellingence*, octubre del 2009.

83 Analicé el punto con más detalle en otro documento, véase: Maurizia De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012.

globales, o pueden optar por no hacerlo, según su experiencia[84] y la capacidad de persuasión[85] de los organismos de normalización. Sin embargo, las cosas no son tan simples. Según algunos comentaristas, los métodos de las organizaciones internacionales para mejorar la implementación de las normas financieras globales "hacen su adopción esencialmente obligatoria"[86]. Slaughter nos recuerda que el *"soft law"* de los reguladores transnacionales, tales como los códigos de mejores prácticas y las directrices internacionales, pueden tener un "impacto duro"[87].

En algunos casos, las normas globales hicieron la transición de *soft law* a *hard law* desde un punto de vista formal, siendo incorporadas en actos vinculantes. En otros casos, el impacto jurídico que las normas globales tienen sobre las decisiones nacionales es mejorado a través de mecanismos menos oficiales, pero casi igualmente efectivos. Las instituciones financieras internacionales, específicamente el FMI y el Banco Mundial, evalúan el cumplimiento por parte de los Estados de las normas financieras globales. Más recientemente, el CEF desarrolló nuevas herramientas con el objetivo de fortalecer la implementación de las normas financieras.

La incorporación en actos vinculantes

Como se mencionó anteriormente, las normas elaboradas dentro de las redes regulatorias transnacionales son posteriormente aplicadas por las autoridades nacionales que participan en tales redes. Éste fue el modelo general de la aplicación del Acuerdo de Capital de Basilea de 1988[88]. Éste es aún el caso para la mayoría de las normas de la OICV. Basilea II fue parcialmente implementado en los Estados Unidos a través de actos de reglamentación de las autoridades financieras competentes (aunque ese proceso específico de implementación era particularmente controversial, debido a la aparición de una serie de críticas internas provenientes tanto del Congreso como de los bancos pequeños y medianos)[89].

84 Dieter Kerwer, "Standardising as Governance: the Case of Credit Rating Agencies", en A. Heritier (ed.), *Common Goods: Reinventing European and International Governance*, UK, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2002.

85 Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, en 213.

86 Rober P. Delonis, *International Financial Standards and Codes,* p. 563.

87 Anne-Marie Slaughter, *A New World Order,* p. 224.

88 Si v. *United States General Accounting Office* (US GAO), *International Banking: Implementation of Risk-based Capital Adequacy Standards*, GAO/NSIAD-91-80. En: http://archive.gao.gov/d21t9/143022.pdf, pp. 2 y 13.

89 Véase también: Pierre-Hughes Verdier, "U.S. Implementation of Basel II: Lessons for Informal International Law-Making", junio 30 del 2011. En: http://papers.ssrn.com/sol3/

Sin embargo, en varios casos se ha abandonado el modelo de la implementación a través de los actos de reglamentación de las autoridades nacionales. En la UE, Basilea II se incorporó a la Directiva sobre requisitos de capital, lo que requirió la implementación de dichas disposiciones a partir del 2007[90]. El Reglamento de las ACC de la UE se basa ampliamente en las disposiciones del Código OICV y pone en marcha un sistema de registro[91]. El reglamento CE No. 1606/2002 (denominado Reglamento sobre la NIC) obliga a todas las empresas de la UE con cotización oficial, para que elaboren sus cuentas consolidadas con las normas del IASB, IFRS, desde el año 2005 (como se aprobó en la UE)[92].

Se pueden señalar dos características. Por un lado, la incorporación de normas globales dentro de actos vinculantes es cada vez menos una opción episódica, y parece ser el método preferido de implementación cuando las normas percibidas como cruciales para la estabilidad financiera hacen parte de la ecuación. Por otro lado, según este enfoque, la aplicación está en manos de las autoridades nacionales: así, la eficacia de las normas globales dependerá del tipo de aplicación que proporcionen los sistemas jurídicos nacionales.

Esta tendencia también se ha explicado sobre la base de la complejidad institucional de la UE, y en la falta (hasta hace poco) de autoridades de regulación financiera en la UE. El establecimiento, después de la crisis, de una nueva arquitectura financiera europea, podría provocar un resultado diferente. Los datos recientes parecen ir en esa dirección: la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés), recientemente establecida, está aplicando Basilea III sin esperar a que el proceso de revisión CRD sea

---

papers.cfm?abstract_id=1879391 y Richard J. Herring, "The Rocky Road to Implementation of Basel II in the United States", en *Atlantic Economic Journal*, 2007, Vol. 35, pp. 411 y ss.

90 Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 14 de junio del 2006, relacionada al acceso y ejercicio de la actividad de las entidades de crédito, y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio del 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y entidades de crédito, en *OJ L 177,* 30 de junio del 2006, en 1 *et seq*.

91 Véase: Reglamento (CE) No. 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de septiembre 16 del 2009, sobre las agencias de calificación crediticia. Para un comentario véase: Fabian Amtenbrink y Jakob De Haan, "Regulating Credit Ratings in the European Union: A Critical First Assessment of Regulation 1060/2009 on Credit Rating Agencies", en *Common Market Law Review,* 2009, pp. 1915 y ss.

92 Sobre el procedimiento de aprobación véase: Maurizia De Bellis, "EU and Global Private Regulatory Regimes: the Accounting and Auditing Sectors", en Edoardo Chiti y Bernardo G. Mattarella (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 269 y ss.

completado[93]. La implementación de normas globales a través de los actos de las autoridades europeas de supervisión (similar al modelo utilizado actualmente en los Estados Unidos) podría expandirse también en el contexto de la UE.

El Programa de Evaluación del Sector Financiero (PESF) y los Informes sobre la Observancia de los Códigos y Normas (IOCN)

Desde finales de los años noventa, el FMI y el Banco Mundial comenzaron a verificar el cumplimiento por parte de los Estados de las normas a través de los Informes sobre la Observancia de los Códigos y Normas (IOCN), que forman parte del Programa de Evaluación del Sector Financiero (PESF)[94]. Se trata de informes sobre el grado de cumplimiento de los países con algunas normas financieras globales, totalmente coincidentes con las doce normas fundamentales del Compendio[95], preparados por el personal del FMI o Banco Mundial a solicitud del Estado interesado.

Durante la última década, el FMI y el Banco Mundial, así como el FSF, han puesto un énfasis notable en la importancia de estos instrumentos de evaluación, provocando la redacción de más de un millar de informes en el 2008 (antes de que comenzara la crisis hipotecaria de créditos de alto riesgo, mostrando completamente sus efectos)[96].

Después de la crisis, estos instrumentos han sido ampliamente criticados. El caso de los Estados Unidos, donde la crisis se originó y donde no hubo ningún PESF o IOCN, sugiere que los países poderosos como los Estados Unidos podrían simplemente ignorar tales instrumentos[97]. Es por ello

93 Véase: EBA, *Recommendation on the Creation and Supervisory Oversight of Temporary Capital Buffers to Restore Market Confidence*, EBA/REC/2011/1, diciembre 8 del 2011, parágrafo 2.

94 Véase: Imf-World Bank, *International Standards: Strengthening Surveillance, Domestic Institutions, and International Markets*, marzo 5 del 2003. En: http://www.worldbank.org/ifa/intlstandards.pdf, en 3.

95 Que las normas indiquen que el parámetro para los procedimientos de evaluación corresponden a las normas fundamentales no se sigue el uso explícito de la técnica de referencias cruzadas: se crea entonces una nueva lista, la cual no se corresponde totalmente con la de los doce normas fundamentales.

96 Véase: FSF, *Ongoing and Recent Work Relevant to Sound Financial Systems*, septiembre 15 del 2008. En: *www.financialstabilityboard.org/publications/on_0809.pdf,* p. 18.

97 Véase: W. Dobson, "Delivering Change. Together", en *What G20 Leaders Must Do To Stabilise Our Economy And Fix The Financial System*, B. Eichengreen y E.R. Baldwin (eds.). En: http://www.voxeu.org/reports/g20_summit.pdf, pp. 45 y ss., p. 46.

ello que se ha sugerido una reforma del PESF, haciéndolo obligatorio. Actualmente, los miembros del CEF se comprometen a someterse a los PESF, mientras estas revisiones siguen siendo voluntarias para las jurisdicciones que no están representadas en el Consejo[98].

Las evaluaciones de pares

El CEF ha lanzado recientemente el proyecto de "Fortalecimiento de la Adhesión a Normas Internacionales", que tiene por objeto el fomento de la aplicación de las normas[99]. La primera herramienta introducida para este propósito es el uso de la evaluación de pares. Al contrario de los IOCN y PESF, la evaluación de pares no verifica el cumplimiento de las doce normas fundamentales del Compendio; con el fin de evitar la duplicación con los informes de las instituciones financieras internacionales, el CEF seleccionará la norma según la cual el cumplimiento será revisado caso por caso[100]. Hasta ahora, se ha llevado a cabo la evaluación de pares sobre el cumplimiento de los principios del CEF, sobre la compensación y sobre los principios de la Asociación Internacional de Aseguradores de Depósitos (IADI, por sus siglas en inglés) referentes a los sistemas de seguro de depósitos[101]. También se han realizado evaluaciones de pares en países específicos (con respecto a México, Italia y España)[102].

98 Véase: FSB, *Progress since the Washington Summit in the Implementation of the G20 Recommendations for Strengthening Financial Stability*, p. 2.

99 Véase: FSB, *Improving Financial Regulation-Report by the FSB to G20 Leaders*, septiembre 25 del 2009, en 12; FSB, *Framework for Strengthening Adherence to International Standards*, enero 9 del 2010; Press Release, *FSB launches Initiative to Promote Global Adherence to Cooperation and Information Exchange Standards*, marzo 10 del 2010.

100 FSB, *Framework for Strengthening Adherence to International Standards*, en 2.

101 Si v. FSB, *Thematic Review on Compensation. Peer Review Report*, marzo 30 del 2010. En: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_100330a.pdf; FSB, *FSB launches Second Peer Review on Compensation Practices and invites Feedback from Stakeholders*, marzo 18 del 2011. En: http://www.financialstabilityboard.org/press/pr_110518.pdf; FSB, *FSB launches Peer Review on Deposit Insurance Systems and invites Feedback from Stakeholders*, julio 1 del 2011. En: http://www.financialstabilitboard.org/press/pr_110701.pdf.

102 Véase: FSB, *Country Review of Mexico. Peer Review Report*, septiembre 23 del 2010. En: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_100927.pdf; FSB, *Country Review of Italy. Peer Review Report*, enero 27 del 2011. En: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_110207b.pdf; FSB, *Country Review of Spain. Peer Review Report*, enero 27 del 2011. En: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_110207a.pdf.

Recapitulación

El cumplimiento de las normas financieras globales es alto. Esto no siempre deriva de la implementación del modelo que la literatura acerca de las redes regulatorias transnacionales ha considerado como el más común: el de las autoridades nacionales aplicando voluntariamente las normas dentro de sus fallos jurídicos nacionales. Por el contrario, la incorporación puede producirse en actos vinculantes a través del proceso legislativo. Sin embargo, esto también puede depender de diferentes modelos institucionales, tales como lo muestra la evolución reciente dentro de la UE, después de la creación de las nuevas autoridades financieras europeas. Ningún modelo de implementación prevalece sobre el otro, y las líneas distintivas se están desdibujando.

La aplicación de las normas es crucial para su eficacia. Sin embargo, el cumplimiento es una condición previa para este propósito, pero no se lo garantiza *per se*. Los nuevos mecanismos recientemente establecidos bajo los auspicios del CEF todavía se centran en el cumplimiento, y no hay remedio en caso de que una autoridad nacional no haga cumplir el derecho nacional que aplica una norma global.

Observaciones finales

Organismos mundiales que intervienen en la regulación financiera corresponden a diferentes modelos de administración global: internacional, transnacional, privada e híbrida. Se conectan dentro del CEF, una "red de redes" que coordina el trabajo de los distintos organismos de normalización.

Las normas financieras globales pretenden regular una serie de aspectos relevantes para la estabilidad financiera. A pesar de su elevado número, sin embargo, su capacidad para prevenir una nueva crisis es cuestionable. Después de cuatro años desde el colapso de Lehman Brothers, las reformas siguen estando a mitad del camino, especialmente en el área de los derivados y de las instituciones financieras de importancia sistémica.

La forma en que se redactan las normas y los procedimientos utilizados para establecerlas no son neutrales: pueden ser cruciales para garantizar la representación equilibrada de todos los intereses en juego y para evitar la captura reguladora. Desde este punto de vista, los instrumentos DAG son fundamentales no sólo para el propósito de fortalecer la legitimidad de los reguladores globales, sino también para mejorar la eficacia de la regulación.

La implementación de las normas es relevante en virtud de, al menos, dos razones. Por una parte, la implementación directa de las normas a

través de los actos de las autoridades nacionales muestra la distancia del modelo tradicional de ratificación y los crecientes vínculos entre la regulación global y la regulación nacional. Al mismo tiempo, el uso de modelos distintos al de implementación directa, muestra que no hay un solo paradigma prevalente.

Por otra parte, los diversos mecanismos utilizados para evaluar el cumplimiento de las normas, muestran los esfuerzos para aumentar la eficacia de la regulación global. Sin embargo, la falta de control sobre el cumplimiento de las normas es preocupante.

Bibliografía

A.A. Jr. Sommer, "Iosco: its Mission and Achievement", en *Northwestern Journal of International Law & Business,* 1996-1997, Vol. 17.

Adrian Blundell-Wignall y Paul Atkinson, "Thinking Beyond Basel III: Necessary Solutions for Capital and Liquidity", mayo del 2010, en *OECD Journal: Financial Market Trends,* 2010. En: www.oecd.org/dataoecd/42/58/45314422.pdf

Alan Blinder, "Two Cheers for the New Bank Capital Standards", en *Wall Street Journal,* septiembre 30 del 2010.

Anne Loft, *et al.,* "In Pursuit of Global Regulation: Changing Governance and Accountability Structures at the International Federation of Accountants (IFAC)", en *Accounting, Auditing & Accountability Journal,* 2006, Vol. 19, No. 3.

Anne-Marie Slaughter, "The Real New World Order", en *Foreign Affairs,* 1997, Vol. 76, No. 5.

__ *A New World Order,* 2004.

Armin von Bogdandy, "Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO Law and the Prospects of its Proceduralization", en Stefan Griller (ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns-New Challenges for the International Legal Order,* Viena-Nueva York, Springer, 2003.

Bank for International Settlements, comentarios a los documentos consultivos "Strengthening the resilience of the banking sector" y "International framework for liquidity risk measurement, standards and monitoring", abril del 2010. En: http://www.bis.org/publ/bcbs165/cacomments.htm.

Barry Eichengreen, *Toward a New Financial Architecture. A Practical Post-Asia Agenda,* Washington D.C., Institute for International Economics, 1999.

BCBS, "Basel Committee Broadens its Membership", Press Release, junio 10 del 2009. En: http://www.bis.org/press/p090610.htm.

__ "Basel III: International Framework for Liquidity Risk Measurement, Standards and Monitoring", versión revisada, junio 1 del 2011. En: http://www.bis.org/publ/bcbs189.htm.

__ "Consultative Proposals to Strengthen the Resilience of the Banking Sector announced by the Basel Committee", diciembre 17 del 2009. En: http://www.bis.org/press/p091217.htm.

Benedict Kingsbury, *et al.* (eds.), "The Emergence of Global Administrative Law", en *Law and Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68.

__ *et al.,* "Global Governance as Administration-National and Transnational Approaches to Global Administrative Law", en *Law & Contemporary Problems*, 2005, Vol. 68, No. 3-4.

__ "Global Administrative Law Symposium", en *Nueva York University Journal of International Law and Politics,* 2005, Vol. 37.

Benedict Kingsbury y Nico Krisch, (eds.), "Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", en *European Journal of International Law,* 2006, Vol. 17.

CGFS, "Ratings in Structured Finance: What went wrong and what can be done to address shortcomings*?*", en *CGFS Publications No. 32,* julio 2008. En: http://www.bis.org/publ/cgfs32.htm.

Charles A. Goodhart, "How, if at all, should CRA's be regulated?", en *The Regulatory Response to the Financial Crisis,* Edward Elgar Publishing, 2009.

Charles Calomiris, "Prudential Bank Regulation: What's Broke and How to Fix It", en *Working Paper,* abril del 2009. En: http://www.cmc.edu/somc/charles_calomiris_2_042009.pdf.

Daniel Tarullo, *Banking on Basel. The Future of International Financial Regulation,* Washington D.C., Peterson Institute, 2008.

David Zaring, "Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration", en *The University of Chicago International Law Journal,* 2005, Vol. 5. En: http://ssrn.com/abstract=692764.

__ "International Institutional Performance in Time of Crisis", en *Chicago Journal of International Law,* 2010, Vol. 10.

__ "International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations", en *Texas International Law Journal,* 1998, Vol. 33, No. 2.

__ "Peer Review as a Metric of Success for Regulatory Networks", trabajo presentado en el V Seminario GAL, Viterbo, junio 12-13 del 2009. En: http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/06/81.pdf.

De Bellis, Maurizia, *La regolazione dei mercati finanziari,* Milano, Giuffrè, 2012.

__ "EU and Global Private Regulatory Regimes: the Accounting and Auditing Sectors", en Edoardo Chiti y Bernardo G. Mattarella (eds.), *Global Administrative*

Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison, Springer, 2011.

D.D. Bradlow y D.B. Hunter (eds.), *International Institutions and International Law,* Alphen-The Netherlands, Wolters Kluwer, 2010.

Deloitte, *Use of Ifrs by Jurisdictions.* En: http://www.iasplus.com/country/useias.htm.

Dieter Kerwer, "Standardising as Governance: the Case of Credit Rating Agencies", en A. Heritier (ed.), *Common Goods: Reinventing European and International Governance,* UK, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2002.

Douglas J. Elliott, "Basel III, the Banks and the Economy", julio 23 del 2010, en *The Brooking Institution Paper.* En: http://www.brookings.edu/papers/2010/0726_basel_elliott.aspx, p. 1

Douglas W. Arner y Michael W. Taylor, "The Global Financial Crisis and the Financial Stability Board: Hardening the Soft Law of International Financial Regulation?", 2009, en *AIIFL Working Paper No. 6.* En: http://ssrn.com/abstract=1427084

Duncan R. Wood, *Governing Global Banking. The Basel Committee and the Politics of Financial Globalization,* Aldershot, Ashgate Publishing, 2005.

EBA, "Recommendation on the Creation and Supervisory Oversight of Temporary Capital Buffers to Restore Market Confidence", EBA/REC/2011/1, diciembre 8 del 2011.

Eric Helleiner, "La riforma della regolamentazione finanziaria internazionale: le cose fatte e quelle da fare", en P. Guerrieri y D. Lombardi (eds.), en *L'architettura del mondo nuovo,* Boloña, Il Mulino, 2010.

Eric J. Pan, "Challenge of International Cooperation and Institutional Design in Financial Supervision: Beyond Transgovernmental Networks", en *Chicago Journal of International Law,* 2010, Vol. 11.

Ethan B. Kapstein, *Governing the Global Economy. International Finance and the State,* Cambridge, Harvard University Press, 1994.

European Parliament, Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006, relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions.

__ Directive 2006/49/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006, on the capital adequacy of investment firms and credit institutions, en *Official Journal,* L 177, junio 30 del 2006.

Fabian Amtenbrink y Jakob de Haan, "Regulating Credit Ratings in the European Union: A Critical First Assessment of Regulation 1060/2009 on Credit Rating Agencies", en *Common Market Law Review,* 2009.

FSB, "FSB launches Peer Review on Deposit Insurance Systems and invites Feedback from Stakeholders", julio 1 del 2011. En: http://www.financialstabilityboard.org/press/pr_110701.pdf.

__ "FSB launches Second Peer Review on Compensation Practices and invites Feedback from Stakeholders", marzo 18 del 2011. En: http://www.financialstabilityboard.org/press/pr_110518.pdf.
__ "Country Review of Italy. Peer Review Report", enero 27 del 2011. En: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_110207b.pdf.
__ "Implementing OTC Derivatives Market Reforms", octubre 25 del 2010.
__ "Reducing the Moral Hazard posed by Systemically Important Financial Institutions", octubre 20 del 2010.
__ "Country Review of Mexico. Peer Review Report", septiembre 23 del 2010. En: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_100927.pdf.
__ "Thematic Review on Compensation. Peer Review Report", marzo 30 del 2010. En: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_100330a.pdf.
__ "Framework for Strengthening Adherence to International Standards", enero de 9 2010.
__ "Financial Stability Board Charter", septiembre del 2009. En: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_090925d.pdf .
__ "Principles for Sound Compensation Practices. Implementation Standards", septiembre 25 del 2009.
__ "Improving Financial Regulation-Report by the FSB to G20 Leaders", septiembre 25 del 2009.
__ "Press Release, Financial Stability Forum re-established as the Financial Stability Board", abril 2 del 2009. En: http://www.financialstabilityboard.org/press/pr_090402b.pdf.
__ "Principles for Sound Compensation Practices", abril 2 del 2009.
__ "Progress since the Washington Summit in the Implementation of the G20 Recommendations for Strengthening Financial Stability".
__ "Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience", abril 7 del 2008. En: http://www.fsforum.org/list/fsf_publications/tid_110/index.htm.
__ "Ongoing and Recent Work Relevant to Sound Financial Systems", septiembre 15 del 2008. En: www.financialstabilityboard.org/publications/on_0809.pdf.
Giacinto Della Cananea, "Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law", en *European Public Law,* 2003.
G-7, "Communiqué of G-7 Finance Ministers and Central Bank Governors", febrero 20 de 1999. En: http://www.g7.utoronto.ca/finance/¬fm022099.htm.
__ "Economic Communiqué: Making a Success of Globalization for the Benefit of All", junio 28 de 1996. En: http://www.g7.utoronto.ca/summit/1996lyon/communique.html.
G-20, "Leaders' Statement, Pittsburgh", septiembre 23-24 del 2009. En: http://www.g20.org/Documents/pittsburgh_summit_leaders_statement_250909.pdf.

Group of Thirty, "Financial Reform: A Framework for Financial Stability", 2009. En: http://www.group30.org/pubs/pub_1460.htm.

IFAC, *Constitution,* 2012. En: http://www.ifac.org/sites/default/files/callouts/-IFAC%20Constitution.pdf.

IFRS Foundation, *Constitution*, 2010. En: http://www.ifrs.org/¬NR/-rdonlyres/0B820728-7F10-4877-8068-7B65D2A3058B/0/ConstitutionDec2010.-pdf.

IMF-World Bank, "International Standards: Strengthening Surveillance, Domestic Institutions, and International Markets", marzo 5 del 2003. En: http://www.worldbank.org/ifa/intlstandards.pdf.

International Accounting Standards Committee, "Strategy Working Party, Shaping IASC for the Future", *Discussion Paper,* diciembre 1998. En: http://www.iasplus.com/resource/ref.htm.

IOSCO, "The Role of Credit Rating Agencies in Structured Finance Markets-Final Report", mayo del 2008, Anexo A. En: http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD270.pdf .

__ "Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies", diciembre del 2004, IOSCOPD180.

__ "Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies, Consultation Report from the TC Chairmen Task Force on CRAs", octubre del 2004, IOSCOPD173, y "Public Comments on Code of Conduct Fundamentals for CRAs", noviembre del 2004, IOSCOPD177.

Jackes Larosiere, *De Larosière Report.* En: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_en.htm#delarosierereport.

Jaime Caruana, "Regulatory Reform: Remaining Challenges", julio 7 del 2011. En: http://www.bis.org/speeches/sp110711.htm .

John Braithwaite y Peter P. Drahos, *Global Business Regulation,* Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

John C. Coffee, "The Mortgage Meltdown and Gatekeeper Failure", en *New York Law Journal*, septiembre 20 del 2007, 5.

Kal Raustiala, "The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law", en *Virginia Journal of International Law,* 2002, Vol. 43, No. 1.

Layna Mosley, "An End to Global Standards and Codes?", en *Global Governance,* 2009, Vol. 15.

Mario Draghi, "La spinta di Draghi alla regolamentazione dei CDS", en *Il Sole 24 Ore,* marzo 8 del 2010.

Martin Shapiro, "'Deliberative', 'Independent' Technocracy *vs.* Democratic Politics: Will the Globe Echo the EU?", en *Law & Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68.

Michael J. Warning, *Transnational Public Governance. Networks, Law and Legitimacy,* Nueva York, Palgrave, 2009.

Michael S. Barr y Geoffrey P. Miller, "Global Administrative Law: the View from Basel", en *European Journal of International Law*, 2006, Vol. 17, No. 1.

Ngaire Woods, *The Globalizers. The IMF, the World Bank, and Their Borrowers,* Ithaca, Cornell University Press, 2006.

Pierre-Hughes Verdier, "Transnational Regulatory Networks and Their Limits", en *Yale Journal of International Law*, 2009, Vol. 34.

__ "U.S. Implementation of Basel II: Lessons for Informal International Law-Making", junio 30 del 2011. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1879391

Randall D. Germain, "Global Financial Governance and the Problem of Inclusion", en *Global Governance,* 2001, Vol. 7.

Richard J. Herring, "The Rocky Road to Implementation of Basel II in the United States", en *Atlantic Economic Journal,* 2007, Vol. 35.

Richard Portes, "Wasting a Crisis", en *Eurointellingence*, octubre 8 del 2009.

Richard Stewart, "Administrative Law in 21st Century", en *New York Law Review,* 2003, Vol. 78.

__ "U.S. Administrative Law: a Model for Global Administrative Law?", en *Law & Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68, No. 3-4.

Robert P. Delonis, "International Financial Standards and Codes: Mandatory Regulation without Representation", en *New York University Journal of International Law & Politics,* 2004, Vol. 36.

Sabino Cassese, *et al.* (eds.), *Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues,* segunda edición 2008. En: www.iilj.org/GAL/GALCasebook.asp.

__ "A Global Due Process of Law", en Anthony Gordon, *et al.* (eds.), *Values in Global Administrative Law,* Oxford, Hart Publishing, 2011.

Sebastian Botzem, "Transnational Expert-driven Standardisation-Accountancy Governance from a Professional Point of View", en Jean-Christophe Graz and Andreas Nölke (eds.), *Transnational Private Governance and its Limits,* Londres, Routledge, 2007.

Sol Picciotto, "Networks in International Economic Integration: Fragmented States and the Dilemmas of Neo-Liberalism", en *Northwestern Journal of International Law & Business,* 1997, Vol. 17, No. 2-3.

Stefano Battini, "Introduzione", en Id. (ed.), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Giuffrè, 2007.

Tim Buthe y Walter Mattli, *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy,* Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2011.

Timothy Sinclair, "The Infrastructure of Global Governance: Quasi-Regulatory Mechanisms and the New Global Finance", en *Global Governance,* 2001, Vol. 7.

United States General Accounting Office, "International Banking: Implementation of Risk-based Capital Adequacy Standards", GAO/NSIAD-91-80. En: http://archive.gao.gov/d21t9/143022.pdf.

Walter Mattli and Tim Buthe, "Global Private Governance: Lessons from a National Model of Setting Standards in Accounting", en *Law & Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68, No. 3-4.

Wendy Dobson, "Delivering Change. Together", en B. Eichengreen y R. Baldwin (coord.), *What G20 Leaders must do to Stabilise our Economy and fix the Financial System.* En: http://www.voxeu.org/reports/G20_Summit.pdf

Wilem H. Buiter, "Lessons from the 2007 Financial Crisis", CESR Policy Insight No. 18, diciembre del 2007. En: www.cepr.org.

William Murden, "Banking Supervision and Government Policy: the Role of Regulators in International Financial Reform", en *Fordham Finance, Securities and Tax Law Forum,* 1999, Vol. 4.

Páginas web

http://www.bis.org/bcbs/cacomments.htm
http://www.bis.org/publ/bcbsca.htm
http://www.financialstabilityboard.org/cos/key_standards.htm
http://www.ifac.org/auditing-assurance
http://www.ifac.org/education
http://www.ifac.org/ethics y http://www.ifac.org/public-sector

CUARTA PARTE

Derecho internacional en acción

CAPÍTULO 15

Derecho internacional de la responsabilidad del Estado hoy

Prabhakar Singh

Introducción

En relación al "Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios" del 2001 (en adelante, el "Proyecto de artículos"), en este capítulo se sostiene que los redactores tuvieron la intención de "preparar" este nuevo "derecho internacional" para el empleo de los organismos internacionales, por medio de una "tesis hervida a fuego lento". Se argumenta que ésta es una estrategia efectiva en derecho internacional, cuando una convención sobre un proyecto es políticamente imposible y, sin embargo, el proyecto continúa entre las fuentes del derecho internacional por su uso, y es citado para dictámenes, memorandos presentados por las partes ante los órganos internacionales de solución de controversias, escritos académicos y decisiones.

El Proyecto de artículos está haciendo exactamente esto. Ha sido la forma más efectiva mediante la cual académicos occidentales y redactores han legitimado una marca en particular del derecho internacional, incluso en ausencia de la práctica de los Estados. La idea de la responsabilidad estatal ha sido bastante polémica entre los estudiosos del derecho internacional[1]. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) no sólo amplió el

1 Véase: Richard B. Lillich, "The Current Status of the Law of State Responsability for Injuries to Aliens", en Richard B. Lillich (ed.), en *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 1983, p. 1.

alcance de la zona de estudio, sino también erradicó ciertos temas que pensaba que no estaban dentro del alcance del Proyecto. Con Ago como relator especial, el alcance del Proyecto fue más allá de los "daños a un ciudadano extranjero"[2] para "eliminar, entre otras cosas, las amargas luchas por la nacionalización"[3].

Finalmente en el 2001, el relator especial James Crawford[4] concluyó un esfuerzo de medio siglo de la CDI mediante la presentación del Proyecto de artículos[5]. El Proyecto de artículos está organizado en cuatro partes[6]. Las principales disposiciones del Proyecto se encuentran en la parte 3 (*implementación de la responsabilidad internacional*) y, en menor medida, en la parte 2 (*el contenido de la responsabilidad internacional*). Las partes 1 y 4 (*los elementos de hechos internacionalmente ilícitos, y algunas disposiciones generales*), según Weiss, son menos relevantes[7].

2 Véase: David Kaye, "ILC: Draft Articles on State Responsibility", en *ILM,* 1998, Vol. 37.

3 Robert Rosenstock, "The ILC and State Responsibility", en *American Journal of International Law,* 2002, Vol. 96 (4), pp. 792-797, p. 792.

4 Véase: James Crawford, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", en *American Journal of International Law,* 2002, Vol. 96(4), pp. 874-890, p. 875. Tambien véase: James Crawford, *et al.*, "The ILC's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading", en *European Journal of International* Law, 2001, Vol. 15(5), pp. 963-91.

5 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries *en* Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session [*de aquí en adelante* ILC Draft art. 2001], ONU GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, p. 31, ONU Doc. A/56/10 (2001). (Annex to General Assembly Resolution 56/83, diciembre 12 del 2001.) Aquí debe llamar la atención del lector el hecho de que la responsabilidad estatal es un proyecto independiente del estudio más reciente de la CDI de "La responsabilidad de las organizaciones internacionales" con el relator especial Giorgio Gaja. Véase: Report of the Working Group on Responsibility of International Organizations, ONU Doc. A/CN.4/L.622 (2002), y el debate en ONU Doc. A/CN.4/SR.2740 (2002).

6 Véase: tablas I, II y III que el autor ha preparado para obtener una mirada amplia de los 59 artículos del Proyecto de la CDI 2001.

7 Edith Brown Weiss, "Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century", en *American Journal of International Law,* 2002, Vol. 96, No. 4, pp. 798-816.

Tabla I: Parte 1: El hecho internacionalmente ilícito de un Estado

Capítulo I: Principios generales	**Capítulo II: Atribución de un comportamiento a un Estado**	**Capítulo III: Violación de una obligación internacional**	**Capítulo IV: Responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de otro Estado**	**Capítulo V: Circunstancias que excluyen la ilicitud**
Art. 1. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos	Art. 4. Comportamiento de los órganos del Estado	Art. 12. La existencia de la violación de una obligación internacional	Art. 16. Ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito	Art. 20. Consentimento
Art. 2. Elementos del hecho ilícito internacional de un Estado	Art. 5. Comportamiento de personas o entidades que ejercen autoridad gubernamental	Art. 13. Obligación internacional vigente para un Estado	Art. 17. Dirección y control ejercidos sobre la comisión de un hecho internacionalmente ilícito	Art. 21. Autodefensa
Art. 3. Calificación del hecho de un Estado como internacionalmente ilícito	Art. 6. Comportamiento de órganos puestos a disposición de un Estado por otro Estado	Art. 14. Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional	Art. 18. Coacción sobre otro Estado	Art. 22. Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito
	Art. 7. El exceso de autoridad o contravención de mandatos	Art. 15. Violación consistente en un hecho compuesto	Art. 19. Efecto de este capítulo	Art. 23. Fuerza mayor
	Art. 8. Comportamiento dirigido o controlado por un Estado			Art. 24. Peligro
	Art. 9. La conducta llevada a cabo en ausencia o bajo defecto de las autoridades oficiales			Art. 25. Necesidad
	Art. 10. Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otro movimiento			Art. 26 : Cumplimiento con normas perentorias
	Art. 11. Comportamiento reconocido y adoptado por un Estado como propio			Art. 27: Consecuencias de invocar una circunstancia que excluye la ilicitud

Tabla II

Capítulo I: Principios generales	**Capítulo II: Reparación de daños**	**Capítulo III: Violaciones graves de obligaciones bajo las normas perentorias de derecho internacional**
Art. 28 : Consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito Art. 29: Continuidad del deber de rendimiento Art. 30: Cesación y no repetición Art. 31: Reparación Art. 32: Irrelevancia del derecho interno Art. 33: Ámbito de las obligaciones internacionales establecidas en esta parte.	Art. 34: Formas de reparación Art. 35: Restitución Art. 36: Compensación Art. 37: Satisfacción Art. 38: Interés Art. 39: Contribución al daño	Art. 40: Aplicación de este capítulo Art. 41: Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación bajo este capítulo

Tabla III: Parte 3 y 4: La implementación de la responsabilidad internacional de un Estado

Capítulo I: Invocación de la responsabilidad de un Estado	**Capítulo II: Contramedidas**	**Parte 4: disposiciones generales**
Art. 42: Invocación de la responsabilidad por un Estado lesionado Art. 43: La notificación de reclamo por un Estado lesionado Art. 44: Admisibilidad de reclamos Art. 45: Pérdida del derecho a invocar la responsabilidad Art. 46: Pluralidad de Estados lesionados Art. 48: Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado Art. 47: Pluralidad de Estados responsables	Art. 49: Objetivo y límites de las contramedidas Art. 50: Obligaciones no afectadas por las contramedidas Art. 51: Proporcionalidad Art. 52: Condiciones del recurso a las contramedidas Art. 53: Terminación de las contramedidas Art. 54: Las medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado	Art. 55: *Lex specialis* Art. 56: Cuestiones de responsabilidad del Estado no reguladas por estos artículos Art. 57: La responsabilidad de una organización internacional Art. 58: La responsabilidad individual Art. 59: Carta de la ONU

Crawford resume el espíritu del Proyecto de una manera bastante clara; hay normas que tienen por objeto prevenir daños reales al Estado o a sus ciudadanos. Sin embargo, tenemos normas de conducta que son independientes de los daños reales, e incluso ciertas reglas donde la eventual ocurrencia de daños es, en principio, incognoscible e imposible de rastrear a cualquier violación (por ejemplo, la emisión ilegal de clorofluorocarbonos)[8].

A partir de una base diferenciada, el derecho internacional tiene que darse cuenta —o intentar darse cuenta— de todas las diferentes funciones que cumplen los sistemas jurídicos desarrollados. Puede o no hacerlo con éxito, pero no se puede impedir, *a priori*, que se intente. No es la función del derecho de la responsabilidad estatal decirle a los Estados cuáles son las obligaciones que pueden tener[9].

El 6 de diciembre del 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución 65/19, elogió el Proyecto de artículos de la CDI de nuevo y estableció la agenda de su sexagésimo octavo periodo de sesiones del 2013 sobre la responsabilidad estatal[10]. Pidió al secretario general que actualizara la compilación de las decisiones de "las cortes, los tribunales y otros órganos internacionales, refiriéndose a los artículos e invitando a los gobiernos a presentar información sobre su práctica en este sentido", y además pidió al secretario general que presentara "este material mucho antes de su sexagésimo quinto periodo de sesiones"[11].

Al mismo tiempo, se decidió incluir en el programa provisional de su sexagésimo octavo periodo de sesiones (2013) el punto titulado "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" y examinar más a fondo, en el marco de un grupo de trabajo de la Sexta Comisión, la cuestión de una convención sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos u otras acciones apropiadas sobre la base de estos artículos[12].

8 Crawford, *op. cit.*, en 878.

9 Ver: Crawford, *op. cit.*, en 878. PART ONE: *The internationally wrongful act of a State, including Chapter I. General principles, Chapter II. Attribution of conduct to a State, Chapter III. Breach of an international obligation, Chapter IV. Responsibility of a State in connection with the act of another State and, Chapter V. Circumstances precluding wrongfulness;* PART TWO: *Content of the international responsibility of a State, including Chapter I. General principles, Chapter II. Reparation for injury and Chapter III. Serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law;* PART THREE: *The implementation of the international responsibility of a State, including Chapter I. Invocation of the responsibility of a State and Chapter II. Countermeasures; and* PART FOUR: *General provisions.*

10 Resolución 65/19 de la Asamblea General de la ONU (diciembre 6 del 2010).

11 *Ibídem.*

12 *Ibídem.*

No obstante, no hay duda de que varios tribunales internacionales, en algún momento u otro, emitieron opiniones consulativas o tomaron decisiones sobre las cuestiones de responsabilidad del Estado. Por ejemplo, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) es el más reciente tribunal internacional en utilizar extensivamente los artículos de la CDI, en especial en sus opiniones consultivas[13]. Para el futuro del Proyecto de artículos, se trata de un desarrollo muy próspero.

Escrito entre los años 2012 y 2013, este ensayo tiene su agenda fijada automáticamente por la Resolución 65/19 de la Asamblea General. Teniendo en cuenta los términos de referencia del secretario general "para actualizar la compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales refiriéndose a los artículos e invitando a los gobiernos a presentar información sobre sus prácticas en este sentido" escribo este capítulo teniendo en cuenta la última resolución.

En un tono más ligero, otra ciudad afortunada tiene la posibilidad de tener su nombre prefijo como, entre otras, Viena, Ginebra y Montevideo, en los archivos de los materiales jurídicos internacionales.

Travaux préparatoires

El artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados anota el uso de *travaux préparatoires*. El Proyecto de artículos de la CDI tiene un cuerpo formidable de *travaux préparatoires* generado antes de su primera y segunda lectura[14]. Este cuerpo de *travaux préparatoires* consiste en cuatro estudios realizados por la Secretaría y los Informes del Secretario General de la ONU (1964-1980), dos informes del Grupo de Trabajo o Subcomité (1963-1997), treinta y cuatro informes de los relatores especiales (1956-2001), diecinueve informes del Comité de Redacción (1973-2001), ocho observaciones de los gobiernos (1980-2001) y dieciocho resoluciones de la Asamblea General (1961-2001), entre otros[15].

Ante la posibilidad de un acuerdo de tratado en el horizonte jurídico internacional en el 2013, la tarea anteriormente mencionada podría ser muy útil en el desarrollo de esta rama del derecho internacional. Como señala James Crawford, dos países de América Latina, México y Guatemala, no

13 *Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, febrero 1 del 2011, ITLOS Reports 2011, parágrafos 1-75.

14 Crawford, *op. cit.*, en 874-890.

15 State Responsibility. En: http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_6.htm.

parecían satisfechos únicamente con el proyecto de la CDI del 2001, prefiriendo "una conferencia diplomática inmediata[16]. Podría decirse que, desde una perspectiva constitucional, "la forma preferible de manejar cualquier texto legislativo, puede ser el método estándar de una conferencia diplomática seguida por un tratado que está sujeto (o no) a ratificación por parte de los gobiernos"[17].

La "tesis hervida a fuego lento" para el uso del Proyecto de artículos

Con dos recomendaciones del Proyecto de artículos de la CDI en el 2004 y 2010 y la exploración de la posibilidad de un tratado en su sesión del 2013, la Asamblea General parece creer en lo que yo llamo la "tesis hervida a fuego lento" para el éxito del Proyecto de artículos de la CDI 2001. La tesis consiste en que, cuando es difícil tener éxito en una conferencia diplomática sobre un tema muy conflictivo, un proyecto cuidadosamente elaborado, como el que se discute aquí, se debe dejar a fuego lento en el calor del tiempo, y atraer la atención de los tribunales internacionales, los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales.

El Proyecto de la CDI ya ha hecho eso. Después de que el proyecto esté bien cocinado, proceder a convocar una conferencia para aprobar la convención es el siguiente paso natural. La ebullición inicial y el posterior seguimiento son coherentes con la forma en como el derecho internacional se ha desarrollado. De hecho, algunas ideas en el derecho internacional deben "hervir a fuego lento" como derecho consuetudinario, antes de estar listas para su consumo como un tratado. Y después de eso, sin duda, como Crawford observa, se pueden sostener los argumentos constitucionales, para preferir un tratado completamente desarrollado a la opción de dejar quieto el proyecto del 2001, dejándolo "hervir a fuego lento" por un buen momento.

16 Crawford, *op. cit.*, en 875. Un enfoque constitucional en la materia del tratado, como estima Crawford, es preferible sólo "si el texto en cuestión es, por ejemplo, el estatuto de una corte penal internacional, lo cual se impone por sí mismo en los individuos y requiere el debido proceso de el derecho; o, en forma más general, donde el texto debe ser incorporado en la legislación interna para tener efecto". Sin embargo conocemos los riesgos que una conferencia diplomática podría desencadenar en el lenguaje cuidadosamente elaborado y el contenido del proyecto.

17 *Ibídem*, en 890.

Casos CIJ con referencia al Proyecto de artículos

Definitivamente la Asamblea General parece pensar en esa dirección. Sin embargo, a falta de una referencia expresa al Proyecto del 2001 por parte de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su opinión consultiva del 2010 sobre Kosovo, se puede refutar esta tesis de "fuego lento"[18]. Sin embargo, la práctica de citar el Proyecto está en aumento. En su Resolución del 30 de noviembre de 2010, en el *Caso Sobre Ahmadou Sadio Diallo*, la CIJ anotó, por ejemplo, que el Gobierno de Guinea utilizó el vocabulario del Proyecto de artículos de la CDI 2001, "en la República Democrática del Congo se han cometido actos internacionalmente ilícitos, que vinculan su responsabilidad con la República de Guinea"[19]. Para probar la validez de la "tesis hervida a fuego lento" del Proyecto de artículos de la CDI, sería útil una revisión de las decisiones y opiniones consultivas de la CIJ, el TIDM y otros tribunales internacionales, como el tribunal del CIADI, después del 2001, en búsqueda de una posible referencia al proyecto.

Los varios proyectos de la CDI habían comenzado a "hervir a fuego lento" y a atraer la atención de la CIJ, y, a su vez, cambiar el "sabor" del proyecto, aún antes y después de la primera lectura. Aparentemente, el artículo 51 del proyecto de la CDI toma prestado el término "conmensurable" en el *Caso Gabcìkovo-Nagymaros* de la CIJ en relación a las contramedidas[20]. La CIJ dijo que "los efectos de una contramedida deben ser conmensurables al daño sufrido, teniendo en cuenta los derechos en cuestión"[21]. De alguna manera, en el 2001, la CDI agradeció a la CIJ por haberse referido al proyecto de la CDI en la "primera lectura". En ese caso, Hungría y Eslovaquia aceptaron "que la existencia de un estado de necesidad debe ser evaluada a la luz de los criterios establecidos por la CDI en el artículo 33 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados aprobada en la primera lectura"[22].

18 ICJ, *Accordance With International Law of The Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion (2010), ICJ Reports, p. 11, parágrafo 18.

19 ICJ, *Republic of Guinea/Democratic Republic Of the Congo*, ICJ Reports, noviembre 30 del 2010, p. 10.

20 ICJ, *Gabcìkovo-Nagymaros Project* (Hung./Slovk.), Judgment, ICJ Reports 1997, p. 7, en parágrafo 85.

21 *Ibídem.*

22 Véase: Bernard Oxman, "Gabcìkovo-Nagymaros Project (Hung./Slovk.), Judgement", en *American Journal of International Law,* 1998, Vol. 92, pp. 273-278, en 274.

En la segunda lectura, claramente influenciada por este caso de la CIJ, Crawford defiende el uso de las contramedidas del artículo 52: "Las contramedidas no sólo deben ser dirigidas a los pusilánimes"[23]. En realidad, "la norma es objetiva, teniendo en cuenta los derechos de los Estados afectados, incluyendo el Estado lesionado"[24].

El relator especial piensa que el cambio en el lenguaje de la CIJ, de proporcionalidad a conmensurabilidad, no tenía la intención de producir un cambio en el derecho en ese sentido: "ayuda a resaltar el elemento de la equivalencia cualitativa"[25]. Así, en la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en el *Caso de Concesiones Mavrommatis en Palestina*[26] y el caso de *Barcelona Traction* de la CIJ[27], podría decirse que se pusieron en contra de la idea de nuevo orden económico internacional sobre los recursos naturales preferidos por los países en desarrollo. Crawford sostiene que "los tratados bilaterales de inversión en algún sentido institucionalizan y refuerzan (en vez de sustituir) el sistema de protección diplomática, y esto está en armonía con la fórmula *Mavrommatis*, sobre cómo los derechos en cuestión son los del Estado, no del inversionista"[28].

Pero sobre un tema como que la protección diplomática consista en interpretar la obligación principal, los artículos no toman posición[29]. En algún nivel, un tratado bilateral de inversiones "desagrega los intereses legales que estaban agrupados, junto a la fórmula *Mavrommatis*"[30]. Según Crawford, la aceptación clara en el artículo 48 "de las diversas formas en que los Estados pueden invocar la responsabilidad en interés general, y el rechazo claro de los enfoques limitados a la capacidad procesal" tomado por la CIJ en *África Sudoccidental, Segunda Fase*[31], "en conjunto con el artículo 33, resultó en avances sustanciales" en términos de la responsabilidad estatal, pero ya estaba caminando por las márgenes de aceptabilidad para algunos Estados influyentes[32].

23 Crawford, *op. cit.*, en 883.

24 *Ibídem.*

25 *Ibídem.*

26 Mavrommatis Palestine Concessions (Greece *vs.* U.K.), 1924 P.C.I.J. (ser. B) No. 3 (agosto 30).

27 ICJ, *The Barcelona Traction Case* (Belgium *vs.* Spain), 1970, The ICJ Reports.

28 Crawford, *op. cit.*, en 888. *(se omiten las notas a pie de página)*

29 *Ibídem.*

30 *Ibídem.*

31 ICJ, *South West Africa Cases* (Ethiphia *vs.* South Africa; Liberia *vs.* South Africa), Second Phase (1966), ICJ Rep. 6, julio 18.

32 Crawford, *op. cit.*, en 888.

Legitimidad y uso del Proyecto de artículos de la CDI 2001

Las dudas, y hay muchas, están relacionadas no a la enumeración o explicación de la responsabilidad del Estado, sino al valor obligatorio del Proyecto de la CDI 2001. Al no alcanzar a convertirse en un tratado, como México y Guatemala querían, el Proyecto de artículos, a lo mejor, podría ser utilizado como "medidas subsidiarias para la determinación de las reglas legales", según el artículo 38(1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[33]. Después de todo, los miembros de la CDI son unos "de los publicistas mejor calificados entre varias naciones"[34], aún bajo la aproximación según la cual la "decisión de la Corte no tiene ninguna fuerza obligatoria, excepto frente a las partes litigantes y con respecto a ese caso en particular"[35].

Podría decirse que, en lugar de tratar de definir determinadas normas "primarias" de conducta, el Proyecto de artículos plantea normas "secundarias" más generales sobre la responsabilidad y las reparaciones por el incumplimiento de una norma primaria. Según Crawford, el paso del exrelator especial, Ago, hacia "una serie de artículos que tratan sobre obligaciones secundarias relacionadas con el incumplimiento, era un paso hacia la generalización provechosa"[36]. Sin embargo, durante los años que siguieron, la mayor parte de la acción en el derecho internacional cambió a regímenes especiales o *lex specialis*[37].

Los críticos dicen que el Proyecto de artículos, de muchas formas, nació muerto. Una de las críticas al Proyecto de artículos es que todo el tema abordado sobre la responsabilidad del Estado "posiblemente puede estar reduciendo su ámbito de aplicación, y también cambiando de alguna manera aún más fundamental, pero indeterminada"[38]. El Proyecto de artículos se esfuerza por poner a los "Estados" nuevamente en el timón del derecho internacional, en un momento en que los académicos consideran que los actores no estatales son igualmente tolerantes en la producción, distribución y consumo de derecho internacional. Como si estuviera preocupada

33 Véase: Statute of the International Court of Justice, Chap. II, art. 38 (1)(d). En: http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0.

34 *Ibídem.*

35 *Ibídem*, en art. 59.

36 Crawford, *op. cit.*, en 878.

37 Daniel Bodansky & John R. Crook, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles: Introduction and Overview", en *American Journal of International Law,* 2002, Vol. 96, pp. 773 y 774.

38 *Ibídem.*

por la posición estatista de la CDI, la CIJ audazmente decidió en el *Caso LaGrand*[39], en el mismo año que la CDI finalmente redactó los artículos, que "un tratado interestatal podría crear derechos individuales, sin importar si se clasifican como derechos humanos o no"[40]. La CIJ aquí simplemente reafirmó la posición de la CPJI en el *Caso Polish Railway Worker*[41].

Aunque Caron piensa que el Proyecto de artículos de la CDI 2001 "es un logro que representa una paradoja"[42], estos artículos "seguramente aclararán y organizarán el pensamiento y la planificación jurídica, y la conducta de los Estados para un futuro previsible"[43]. Aunque plagado de paradojas, los académicos y los tribunales utilizaron el penúltimo Proyecto de artículos mucho antes del 2001 para establecer la responsabilidad del Estado. Se utilizó, por ejemplo, para establecer la responsibilidad de Indonesia por la contaminación transfronteriza debida a los incendios forestales[44]. Más recientemente, como ya fue mencionado, el Proyecto de artículos de la CDI 2001 ha capturado atención y referencias posteriores por parte del TIDM y de las partes en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (tribunal del CIADI) en el *Caso C.C. Company*[45], legitimando aún más un proyecto que de, otra manera, hubiese sido un derecho de carácter solamente indicativo.

De todas formas, desde la época del *Caso Chorzow Factory*[46] nadie ha dudado sobre la responsabilidad por parte de los Estados en virtud del derecho internacional[47]. La CIJ empleó la misma expresión en su sentencia posterior sobre los argumentos de fondo; se refirió explícitamente a estas

39 ICJ, *LaGrand Case* (Ger. *vs.* U.S.), merits (Int'l Ct. Justice June 27, 2001). En: http://www.icj-cij.org.

40 Crawford, *op. cit.*, en 887. *(se omiten las notas a pie de página)*

41 Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928 PCIJ, Series B, No.15, en 17-19, marzo 3.

42 David D. Caron, "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical, Relationship between Form and Authority", en *American Journal of International Law,* 2002, Vol. 96, No. 4, pp. 857-873.

43 Robert Rosenstock, "The ILC and State Responsibility", en *American Journal of International Law,* 2002, Vol. 96, No. 4, p. 797.

44 Véase*:* Alan Khee-Jin Tan, "Forest Fires of Indonesia: State Responsibility and International Liability", en *International & Comparative Law Quarterly*, 1999, Vol. 48, No. 4, pp. 826- 855. Véase: James Crawford's views before the Final Draft came in 2001, Crawford, *On Re-reading the Draft Articles on State*, Responsibility Proceedings of the Annual Meeting, Vol. 92, *The Challenge of Non-State Actors*, abril 1-4, 1998, pp. 295-299.

45 Continental Casualty Company *vs.* Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/9).

46 *Chorzow Factory Case* (merits) (1928) P.C.I.J. Ser.A, No.17, en p. 47.

47 Véase: ILC Draft art. 2001, *op. cit.*, Parte 1, Cáp. 1, art. 2. (Elements of an Internationally Wrongful Act of a State.)

palabras en el *Caso Reparation for Injuries*[48]. Y después del 2001, el artículo 34 del Proyecto de la CDI en la segunda parte contiene el Capítulo III sobre "reparación del daño" (arts. 34 a 39), que indica el deber de un Estado de reparar, a raíz del incumplimiento de una obligación internacional.

La Opinión Consultiva TIDM del 2011

La Opinión Consultiva TIDM de febrero del 2011 es muy alentadora porque, de las cuatro partes del Proyecto de la CDI 2001, tres han sido utilizadas para responder a las tres preguntas planteadas por el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos[49]. Sobre el Proyecto de artículos de la CDI 2001, la Opinión Consultiva del TIDM sostiene que muchos "de estos artículos son considerados reflejo del derecho internacional consuetudinario"[50]. Más específicamente, la opinión consultiva utilizó, entre otras cosas, el comentario al artículo 8, el comentario al artículo 2 y los artículos 48, 5, 11, 31 y 34. La opinión consultiva declara que: "La falta de un Estado parte de cumplir con sus obligaciones, que no resulta en daños materiales, está cubierta por el derecho internacional consuetudinario" como ya "se ha establecido en el párrafo 178, esto es ratificado en los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado"[51].

Como si estuvieran respondiendo a la llamada de la Asamblea General de la ONU de diciembre del 2010 para recopilar el uso del Proyecto de artículos de la CDI 2001, la Opinión Consultiva TIDM provocó declaraciones escritas por doce Estados parte: el Reino Unido, Nauru, la República de Corea, Rumania, Holanda, la Federación de Rusia, México, Alemania, China, Australia, Chile y las Filipinas. En sus comunicaciones escritas al TIDM, estos Estados se han referido al Proyecto de la CDI[52]. Dentro del plazo fijado por el presidente del TIDM, declaraciones escritas también fueron presentadas por dos organizaciones, la Organización Conjunta Interocean Metal y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales[53].

En la opinión de la Cámara del TIDM, "el término 'responsabilidad' se refiere a la obligación principal, mientras que el término 'carga' se refiere a

48 ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations,* Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p. 174, en p. 184.

49 Véase: Letter to the ITLOS President by the Council of the International Seabed Authority, ISBA/16/c/13, mayo 6 del 2010.

50 ITLOS Advisory Opinion, *op. cit.*, en 51, parágrafo 169.

51 *Ibídem*, en 61, parágrafo 210.

52 ITLOS Advisory Opinion, *op. cit.*, en 10, parágrafo 11.

53 *Ibídem*.

la obligación secundaria, es decir, las consecuencias de un incumplimiento de una obligación primaria"[54]. Como se esperaba, el Proyecto de artículos de la CDI 2001 es la principal influencia en la Cámara del TIDM, puesto que la Cámara piensa que se "tendrán que tomar en cuenta dichas normas bajo el derecho consuetudinario, especialmente a la luz de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado"[55]. Un Tribunal bastante prudente, el TIDM, dice que: "A pesar de su aparente similitud con el término inglés 'responsibility', el término francés 'responsabilité' y el término español 'responsabilidad', respectivamente, indican también las consecuencias del incumplimiento de la obligación principal. Lo mismo sucede con el término árabe, 'ةيلوؤسم', el término chino '责任' y el término ruso 'ответственность'"[56].

En el 2001, la CDI adoptó un bloque de Proyecto de artículos finales sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, consistente en 59 artículos y comentarios correspondientes en el quincuagésimo-tercer periodo de sesiones del 2001. Durante la larga historia de preparación del Proyecto, diversos tribunales internacionales lo citaron. En 1981, por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos proporcionó a los académicos más oportunidades para deliberar sobre diversos aspectos de la responsabilidad del Estado[57]. Ayudó a diseccionar la historia del pensamiento y de la experiencia sobre la responsabilidad del Estado frente a la CDI[58]. Pero, como Caron críticamente nos recuerda, "el Tribunal no evaluó los artículos sino, por el contrario, tendía a aceptarlos como dados por hecho"[59]. Tales ejemplos resaltan cómo en el ámbito del derecho internacional, las fuentes subsidiarias pueden conducir a decisiones determinantes con la posibilidad de dictámenes erróneos.

54 Itlos Advisory Opinion, *op. cit.*, p. 23, parágrafo 66.

55 *Ibídem*, parágrafo 169.

56 *Ibídem*.

57 El "Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos" se estableció el 19 de enero 1981, por la República Islámica del Irán y los Estados Unidos de América. Fue constituido para resolver ciertos reclamos por los nacionales de un Estado contra otro Estado y ciertos reclamos entre los Estados. Hasta la fecha, el Tribunal ha fallado en más de 3.900 casos. Véase: http://www.iusct.org/english/.

58 David Caron, "The Basis of Responsibility: Attribution and Other Transubstantive Rules of State Responsibility", en Richard B. Lillich & Daniel B. Magraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution To The Law Of State Responsibility*, 1998, pp. 109-184, en 111; Jamison M. Selby, "State Responsibility and the Iran-United States Claims Tribunal", en *Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), 1989, Vol. 83, pp. 240-246.

59 David D. Caron, "The ILC Articles on State Responsibility […]", pp. 867 y 868.

Sin embargo, ningún Estado, independientemente de su filosofía política o económica, puede permanecer indiferente ante el maltrato de sus nacionales en el extranjero[60]. Estas tensiones fueron particularmente visibles en el área del derecho internacional de inversión. La evolución del derecho internacional, como dice el profesor Sornarajah, "fue hacia la idea de que la responsabilidad del Estado surgiría, si no se tratara al extranjero de conformidad con un estándar mínimo de trato"[61].

La naturaleza de los artículos de la CDI y su uso constitucional: debate del derecho primario-secundario y los casos

Durante el simposio del *American Journal of International Law* sobre el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad estatal, en el 2002, una cuestión interesante de derecho consuetudinario frente el derecho civil surgió respecto a la naturaleza y al contenido de los artículos.

En particular, los relatores especiales de la CDI sobre responsabilidad de los Estados, "excepto por los últimos, han venido de la tradición del derecho civil y han estado más a gusto con la idea de articular reglas homogéneas y generales de responsabilidad"[62]. Una cosa es, dijo Ago en 1970, "el definir una regla y el contenido de la obligación que impone, y otra, determinar si esa obligación ha sido violada y cuáles deben ser las consecuencias de la violación"[63]. Esto establece precisamente la agenda del proyecto de la CDI como un ejercicio para construir un grupo de derecho secundario.

Responsibilidad estatal y *lex specialis*

En *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la CIJ señaló que esta "dualidad de la responsabilidad sigue

60 Louis B. Sohn & R.R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", en *American Journal of International Law,* 1961, Vol. 55, No. 3, pp. 545-547. También véase: Rahmatullah Khan, *The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases, and Contribution*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 147.

61 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, tercera edición, CUP, 2011, p. 11.

62 Daniel Bodansky & John R. Crook, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles […]", p. 780.

63 Commentaries, parágrafo 2 (citando a Roberto Ago, Second Report on State Responsibility, [1970] 2 Y.B. Int' L. Comm'n 177, 306, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1970/Add.l).

siendo una característica constante del derecho internacional"[64]. Éste es un caso en el que la CIJ habló sobre los problemas de la *lex specialis* respecto a la responsabilidad del Estado. Es cierto que el artículo 25, párrafo 4, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), ahora aceptado por 104 Estados, refleja esto[65].

El Estatuto de Roma y CPI son *lex specialis*. Hablando precisamente sobre la dualidad del derecho internacional, la CIJ señala expresamente:

> Ninguna disposición del presente Estatuto [de Roma] respecto de la responsabilidad penal individual afectará a la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional. La Corte también indica que los artículos de la CDI sobre la Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, […] afirman en el artículo 58 la otra cara de la moneda: Estos artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier pregunta sobre la responsabilidad individual en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado[66].

Aquí, la CIJ reconoció el comentario al artículo 58 del Proyecto de la CDI 2001[67]: "Cuando los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por funcionarios del Estado, a menudo el caso será que el propio Estado es responsable por los actos en cuestión, o por el fracaso en no haberlos prevenido o castigado"[68]. En efecto, "el Estado no está exento de su propia responsabilidad por un comportamiento internacionalmente ilícito, por el enjuiciamiento y castigo de los funcionarios del Estado que lo llevaron a cabo"[69].

Analizando este caso, Spinedi preguntó si, al excluir la atribución de la entonces República Federal de Yugoslavia por los actos de genocidio cometidos por el Ejército Serbio, la CIJ descartó también la posibilidad de considerar el conflicto de 1992-1995 en Bosnia y Herzegovina como un conflicto armado internacional[70]. La CIJ encontró más cosas en común entre

64 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina *vs.* Serbia and Montenegro), Judgment (2007), ICJ Reports 2007, p. 43, parágrafo 173 [de aquí en adelante *Convention on Genocide Case*].

65 *Ibídem.*

66 *Ibídem*, parágrafo 173. *(se omiten las notas a pie de página)*

67 *Ibídem.*

68 Citado en *ibídem*, parágrafo 173.

69 *Ibídem.*

70 Marina Spinedi, "On the non-attribution of the Bosnian Serbs' conduct to Serbia", en *Journal of International Criminal Justice,* 2007, Vol. 5(4), pp. 829-838.

los proyectos de artículos de la CDI y de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[71]. La Corte decretó que "no hay duda de que la 'complicidad', en el sentido del Artículo III, párrafo *(e)*, de la Convención [sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio], incluye la provisión de medios para activar o facilitar la comisión del delito; es así que es en este aspecto en el que la Corte debe centrarse"[72].

En este sentido, cabe destacar que, a pesar de que "complicidad", como tal, no es un concepto que exista en la terminología actual del derecho de la responsabilidad internacional, el mismo es similar a una categoría que sí se encuentra entre las normas consuetudinarias que constituyen el derecho de la responsabilidad estatal: ésta es, la de la "ayuda o asistencia" proporcionada por un Estado en la comisión de un hecho ilícito de otro Estado[73]. En este sentido, se debe hacer referencia al artículo 16 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad estatal, lo que refleja una norma consuetudinaria[74].

Aun así, la cuestión de la responsabilidad individual (o de un grupo de personas) es, en principio, distinta de la cuestión de la responsabilidad del Estado. Tal vez, la Corte se estaba refiriendo a su decisión anterior en el *Caso Arrest Warrant* del 2002, en particular en relación con el uso del Proyecto de la CDI 2001. En este caso, el Congo presentó una demanda contra Bélgica "para obtener un pronunciamiento de la Corte respecto a si éste había sido víctima de un hecho internacionalmente ilícito"[75]. El escenario estaba perfectamente ajustado para que la Corte Internacional usara o consultara el Proyecto de la CDI 2001, porque el Congo ciertamente quería una constatación sobre si "había sido víctima de un hecho internacionalmente ilícito"[76]. Sin embargo, en este caso, la Corte decidió a favor del Congo sin ninguna referencia al Proyecto de la CDI 2001. Spinedi, de nuevo, al comentar sobre el caso, pensó que la CIJ no consideró que un crimen cometido por personas con la condición de funcionarios del Estado, se considera como acto realizado con capacidad privada[77]. Esto impide la atribución de los crímenes de lesa humanidad al Estado respectivo —de

71 United Nations General Assembly Resolution 260/3/ A (diciembre 9 de 1948).

72 *Convention on Genocide Case*, parágrafo 419.

73 *Ibídem.*

74 *Ibídem*, parágrafo 420.

75 ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo *vs.* Belgium), Judgment (2002), ICJ Reports *2002*, p. 3.

76 *Ibídem*, en parágrafo 42.

77 M. Spinedi, "State Responsibility *vs.* Individual Responsibility for International Crimes", en *European Journal of International Law,* 2002, Vol. 13, edición 4, p. 895.

allí el caso del Congo. Como se esperaba, a diferencia de la CIJ, el Congo basaba su afirmación en el Proyecto del artículo 4 y 5 de la CDI 2001 sobre la atribución[78].

En todo caso, el fallo en el *Caso Arrest Warrant*, en el sentido que "los ministros de Relaciones Exteriores no pueden ser procesados por los tribunales de otro país y cualquier orden de detención dictada por los tribunales o funcionarios ejecutivos de un país contra un ministro de Relaciones Exteriores de otro país es, en efecto, una violación del derecho internacional"[79], es consistente con el argumento de Francia en el *Caso Rainbow Warrior,* en el que los agentes franceses no podían cumplir con su sentencia en Francia pues la condena había sido impuesta en virtud del derecho de Nueva Zelanda[80]. Ambos casos —el primero de la CIJ y el segundo mediado por el entonces secretario general— anteriormente analizados consideran, en efecto, la relación entre la naturaleza de las normas secundarias en los proyectos de artículos de la CDI y el Estatuto de Roma, un régimen de *lex specialis* que tomó lugar un año después del Proyecto de artículos de la CDI.

Lo que se pretende afirmar aquí es que, poco después de su lanzamiento, el Proyecto de la CDI se utilizó en becas académicas para estudiar los casos y, desde entonces, el TIDM y la CIJ lo utilizaron también en sus opiniones. Así, gradualmente, a través de un proceso de "hervir a fuego lento", el Proyecto de artículos se está convirtiendo en herramienta para vincular a los Estados a delitos que puedan haber cometido.

Derecho consuetudinario respecto al derecho civil en los artículos de la responsabilidad del Estado

En la teoría y en la práctica, el derecho internacional de la responsabilidad se aplica en todo el ámbito de las obligaciones internacionales. Se compone

78 *Ibídem*, 898.

79 Myint Zan, "Democratic Republic of Congo *vs.* Belgium: Arrest Warrant of 11 April 2000; Crimes against Humanity: 'Immunity' *versus* 'Impunity'", en *Journal of South Pacific Law,* 2003, Vol. 7, No. 1. En: http://www.paclii.org/journals/fjspl/vol07no1/4.shtml.

80 UN Secretary General, "Ruling On the Rainbow Warrior Affair between France & New Zealand", en *ILM,* 1987, Vol. 26, pp. 1365-70. Cabe destacar que, según las leyes de Nueva Zelanda, los dos agentes franceses no podían comprar su libertad, aunque la *vide* Sección 22 de la Ley de Inmigración de Nueva Zelanda de 1964 decía que podrían ser trasladados a una prisión en Francia. Pero *vide* artículo 327 del Código Penal Francés, los agentes no pueden cumplir con la sentencia en Francia por la decisión de un tribunal de Nueva Zelanda.

de temas que —en términos de analogía nacional— se pueden considerar como de la responsabilidad contractual y extracontractual, y otros que podrían considerarse como análogos al derecho público. Sin embargo, lo "público" y lo "privado" es indiferenciable, el tratado es un instrumento diferenciado y también lo es el derecho de responsabilidad[81].

La "distinción entre el contenido de una obligación sustantiva y las consecuencias de la violación de una obligación", postula Crawford, "no implica que el sistema jurídico en cuestión tenga algunas normas generales ('trans-sustantivas') de responsabilidad"[82]. Para proseguir, "la analogía con el acercamiento del derecho consuetudinario al procedimiento civil, podría ser que un sistema legal resolvió el problema de las consecuencias del incumplimiento por dejar que el demandante, por así decirlo, afirme la violación y que el tribunal (hipotético) resuelva las reparaciones sobre una base *ad hoc*, caso por caso"[83]. Con razón, como dice el juez Kirby, el derecho consuetudinario, entre otras cosas, es un cuerpo de derecho que fue hecho y declarado por jueces "superiores" sobre una base de caso por caso[84].

Pues nada le queda mejor a la aprobación del derecho internacional que un método de caso por caso. El Proyecto de artículos, entonces, representa un derecho supletorio que puede ser utilizado por tribunales internacionales, la CIJ, el TIDM o el tribunal del CIADI, como lo han venido haciendo desde hace mucho tiempo. Sin embargo, regímenes de tratados "autónomos", como el Tribunal Europeo de Justicia y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pueden establecer un régimen más o menos completo de responsabilidad, en el que los artículos sean inaplicables[85].

Adicionalmente, en los países del *common law,* las normas sustantivas se clasifican según su materia (por ejemplo, el derecho penal, contratos, propiedad, derecho de familia), cada una caracterizada por su propio régimen de la "responsabilidad" con sus propias compensaciones, con reglas

81 S.N. Guha Roy, "Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?", en *American Journal of International Law,* 1961, Vol. 55, No. 4, pp. 863-891, en 878.

82 Crawford, *op. cit.*

83 *Ibídem.*

84 Michael Kirby, "International Law and The Common Law: Conceptualizing The New Relationship", en *Fourth James Crawford Biennial Lecture on International Law,* octubre 14 del 2009. En: http://www.michaelkirby.com.au/images/stories/speeches/2000s/2009+/2424C.James_Crawford_Lecture_Oct_2009.pdf.

85 Daniel Bodansky & John R. Crook, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles […]", p. 780.

de atribución y demanda, y así sucesivamente[86]. Para muchos abogados del *common law,* Bodansky y Crooke conjeturan que la explicación de artículos de la CDI como reglas supletorias "puede parecer muy bien —no hay que tratar de elaborar normas generales relacionadas con la culpa, la lesión o la causalidad; por el contrario, estas cuestiones deben abordarse en contextos particulares, a través de las especificaciones normativas primarias en los tratados, la práctica estatal, o las decisiones en casos particulares"[87]. Además, señalan, "la categoría de las normas supletorias supuestamente se compone de (como las normas de derecho común de procedimiento civil) un grupo distinto de reglas que se aplican a través de las distintas áreas sustantivas del derecho"[88].

Es cierto que el uso efectivo de los artículos del Proyecto "se refiere a la distinción entre las obligaciones primarias y secundarias, como el elemento central de la organización"[89]. Añadiendo a Ago, Crawford dice que "para ser precisos, la idea clave es que el incumplimiento de una obligación primaria da lugar, inmediatamente a través de la operación del derecho de responsabilidad estatal, a una obligación secundaria o a una serie de tales obligaciones (cesación, reparación)"[90].

Los artículos de la CDI del 2001 especifican las reglas predeterminadas que establecen cuándo se produce una violación y, en general, el contenido de las obligaciones secundarias resultantes. También especifican en su forma final qué pueden hacer los otros Estados para invocar la responsabilidad, alegando la cesación o la reparación o, en su defecto, mediante la adopción de contramedidas[91].

Sin embargo, esta distinción ha sido sometida a una "crítica iluminadora". En el *common law*, a través de la transformación y la incorporación, el derecho internacional se filtra en la legislación nacional. Tal vez la posibilidad de filtrarse después de dejar que los proyectos se "cocinen a fuego lento" durante mucho tiempo, pudo haber sido una fuerza promotora detrás de la fe de Crawford en no sugerir un tratado sobre la responsabilidad del Estado.

86 Crawford, *op. cit.*, p. 876.
87 *Ibídem.*
88 *Ibídem.*
89 *Ibídem.*
90 *Ibídem.*
91 *Ibídem.*

El Proyecto de artículos-derecho consuetudinario: *CMS Gas Transmission Company contra la República de Argentina* (procedimiento de anulación)

El Proyecto de artículos CDI 2001 sólo es "parte de un proceso de articulación del derecho consuetudinario" y "no contraviene ningún principio general"[92]. En el *Caso Continental Casualty Company*, Argentina afirmó que todos los requisitos asociados con la regla consuetudinaria sobre estado de necesidad, codificada por la CDI en sus obras sobre la responsabilidad estatal y, específicamente, en el artículo 25 de su Proyecto de artículos sobre la materia, se cumplieron en el presente litigio[93]. En realidad, el reconocimiento que hace el tribunal del CIADI consiste en que si un "Estado está obligado por necesidad a recurrir a una medida que viole una obligación internacional, pero en cumplimiento de los requisitos enumerados en el artículo 25 de CDI, el Estado evita una responsabilidad que de otra manera derivaría de dicho incumplimiento"[94]. Efectivamente, dando importancia a la "teoría de hervir a fuego lento" que venimos mencionando, el tribunal acepta el error de derecho que cometió en el caso *CMS Company (Anulación)*[95] por haber tratado el artículo 25 como derecho primario.

El Comité, en primer lugar, observa que hay una cierta analogía entre el lenguaje utilizado en el artículo XI del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) y el artículo 25 de los artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado. El primer texto menciona las medidas "necesarias" y el segundo se refiere al "estado de necesidad". Sin embargo, el artículo XI especifica las condiciones bajo las que el Tratado puede aplicarse, mientras que el artículo 25 está redactado en una forma negativa: excluye la aplicación del estado de necesidad en cuanto al fondo, a menos que se cumplan ciertas condiciones restrictivas. Además, el artículo XI es un requisito mínimo: si aplica, las obligaciones sustantivas del Tratado no aplican. Por el contrario, el artículo 25 es una excusa que sólo es relevante una vez se ha decidido que, de otra manera, habría habido una violación de esas obligaciones sustantivas[96].

En *CMS Anulación,* Anne-Marie Slaughter (representando a Argentina) se opuso a José E. Álvarez cuya opinión fue probada y se encontró que era contribuyente al error de derecho. Álvarez opinó que el artículo XI del

92 *Ibídem. (se omiten las notas a pie de página)*

93 ICSID Caso No. ARBARB/03/9, en parágrafo 59.

94 *Ibídem*, en p. 71, fn 263.

95 CMS Gas Transmission Company *vs*. Argentine Republic, *Annulment Proceeding*, (ICSID Caso No. ARB/ 01/8), en parágrafo 129.

96 *Ibídem.*

TBI Argentina-Estados Unidos[97] debe leerse a la luz de la "excepción bien establecida por necesidad, ahora codificada en el artículo 25 de los artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado"[98]. Es cierto que el Tribunal no realizó ningún análisis, simplemente asumiendo "que el artículo XI y el artículo 25 están en la misma posición"[99]. El Comité concluyó que la "excusa basada en el derecho internacional consuetudinario, sólo puede ser subsidiaria de la exclusión fundada en el artículo XI" del TBI Argentina-Estados Unidos"[100].

Para simplificar la importación del artículo 25 del Proyecto de la CDI 2001, la "necesidad" puede ser invocada por un Estado por un hecho que éste no realice conforme a una obligación internacional. Pero para una invocación exitosa de la necesidad, o para que el Estado pueda defender su incumplimiento de una obligación internacional, éste debe satisfacer cuatro pruebas. Es evidente que el artículo 25 es una norma supletoria de interpretación en comparación con el artículo XI, que permite un umbral para la violación de la obligación internacional debida al inversionista. El comité CMS trazó un paralelismo con el *Caso Relativo a las Plataformas Petrolíferas*[101] para concluir que "el artículo XI y el artículo 25, interpretados como tal, cubrirían el mismo campo y que el Tribunal debió haber aplicado el artículo XI como *lex specialis* en la materia y no el artículo 25"[102].

Conclusión

En el *Caso LaGrand* entre Alemania y Estados Unidos, la CIJ dispuso, al considerar los artículos 41 y 48 del Estatuto de la Corte y los artículos 73, 74 y 75 de los Reglamentos de la Corte, que la función de la CIJ era, en este caso, la de resolver disputas legales internacionales entre los Estados, entre otras cosas, cuando surgen de la interpretación o aplicación de las convenciones internacionales, y no actuar como un tribunal de apelación penal[103].

97 *Treaty Between United States of America and The Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment* (octure 20 de 1994). En: http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/argentina_us.pdf.

98 CMS Gas Transmission Company *vs*. Argentine Republic, parágrafo 124. *(se omiten las notas a pie de página)*

99 *Ibídem*, parágrafo 131.

100 *Ibídem*, en parágrafo 133.

101 ICJ, *Islamic Republic of Iran* vs. *United States of America*, ICJ, Judgment on Merits, noviembre 6 del 2003, parágrafo 34.

102 *Ibídem*, parágrafo 134

103 ICJ, *LaGrand* (Germany *vs.* United States of America), Provisionul Meusures (1999), Order of 3 March 1999, ICJ Reports 1999, p. 9, parágrafo 25.

Este caso de 1999 ocurrió mucho antes que el Proyecto de artículos del 2001, y la firma del Estatuto de Roma, en julio del 2002. Más importante aún, la Corte aclaró que el carácter nacional de un caso, aquí penal, no le quita la jurisdicción a la Corte Internacional si el derecho internacional, aquí la Convención de Viena sobre la Protección Diplomática, se encuentra bajo amenaza de violación. Después de todo, para la CIJ, en particular, y para el derecho internacional, en general, el derecho nacional es sólo una cuestión de hecho. Además, la responsabilidad internacional de un Estado es originada por la acción de los órganos y autoridades competentes que actúan en dicho Estado, cualesquiera que sean; el Estado debe adoptar todas las medidas a su alcance para asegurar que el juicio nacional no termine antes de la decisión final del procedimiento surtiéndose ante un tribunal internacional, aquí la CIJ[104].

Otra cosa importante de entender en relación con el fallo del *Caso LaGrand* es que el derecho internacional no puede ser rehén de la maniobra, especialmente de la maniobra procesal, del derecho nacional. Ese caso era, sin duda, sobre la responsabilidad de un Estado ante otro Estado respecto a la violación del derecho internacional. Djibouti hizo afirmaciones similares respecto a Alemania en el *Caso de Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal*[105] contra Francia, sobre reglas violatorias que rigen los privilegios e inmunidades diplomáticas establecidas por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluyendo a los agentes diplomáticos[106].

Después del 2001, la pregunta es si en el Proyecto de artículos se han abordado estas cuestiones adecuada y funcionalmente. La crítica más seria sobre los artículos es que estos "reflejan un enfoque estatista antiguo al derecho internacional, que se basa fundamentalmente en una concepción bilateral de Estado a Estado"[107]. En el histórico *Caso SS Lotus*[108], la CPJI declaró que las "reglas de derecho vinculante para los Estados", sin duda, "emanan de su propia voluntad"[109]. Pero el mundo cambió para siempre

104 *Ibídem*, parágrafo 28.

105 ICJ, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti *vs.* France), Judgment (2008), ICJ Reports 2008, p. 177.

106 *Ibídem*, parágrafo 1.

107 Crawford, *op. cit.*, p. 886.

108 s.s. Lotus (Fr. *vs.* Turk.), 1927 PCIJ Series A, No. 10 (septiembre 7). En: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.

109 Véase: Jeffrey Dunoff & Joel Trachtman, "The Lotus Eaters", en *EJIL Analysis,* julio 16 del 2010. En: http://www.ejiltalk.org/the-lotus-eaters/.

desde el *Caso SS Lotus,* puesto que los académicos se pronunciaron sobre el derecho internacional desde abajo. Podría decirse, por lo tanto, que una creciente especialización, fragmentación y violación del derecho internacional "ha hecho un poco anacrónico el proyecto de la CDI de elaborar un derecho general de la responsabilidad estatal"[110].

Con el propósito admirable de concluir el proyecto con prontitud, la CDI, sin embargo, según algunos, "no abordó directamente la cuestión de quién, aparte de los Estados, pueden invocar la responsabilidad estatal"[111]. En ese sentido, "al ignorar en gran medida la práctica internacional creciente y significativa en la que las personas y entidades no estatales están invocando la responsabilidad estatal", la CDI produjo artículos que, sin duda, son dignos de ser tenidos en cuenta, pero que "son hasta cierto punto obsoletos desde su creación"[112]. No hay duda en el hecho de que la CDI redujo la agenda en general del proyecto desde la resolución del Consejo de Seguridad de 1949[113].

De manera evidente, lo hizo para prestar mayor atención a las tareas actuales con la posibilidad de un proyecto de informe. Pero, desde 1949, el mundo ha cambiado de manera significativa. La formación de la Unión Europea, la Convención del Derecho del Mar de 1982, la Organización Mundial del Comercio en 1995, los tribunales *ad hoc* para crímenes de guerra, la guerra de Estados Unidos contra Irak y Afganistán, el ascenso de los derechos humanos y el reconocimiento de las garantías procesales en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en contravención del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas en el *Caso Kadi*[114], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el crecimiento de China, India, Brasil y Rusia, las crisis financieras de 1997 y 2008 y la Primavera Árabe, son, entre otros, algunos de los eventos que dan testimonio de la virtud de la frase "el cambio es la única constante".

Cada uno de estos eventos habla posiblemente de una cuestión más amplia que el derecho supletorio de la responsabilidad estatal. Todos los factores antes mencionados podrían ser el "clavo que sellará el ataúd" de la responsabilidad estatal; es igualmente probable, sin embargo, que el

110 Daniel Bodansky & John R. Crook, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles […]", p. 774.

111 Edith Brown Weiss, "Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century", p. 816.

112 *Ibídem.*

113 General Assembly Resolution 174 (2), noviembre 21 de 1947.

114 The ECJ, Joined Cases C-402/05 P & C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation *vs.* Council of the EU & Comm'n of the EC).

proyecto —actualmente un niño de diez años— pueda crecer y convertirse en una convención.

¿Cuáles son las posibles lagunas en el Proyecto de artículos? Su momento en el tiempo parece ser la primera y mayor desventaja. Si tuviéramos que hacer caso seriamente a las convocatorias de transnacionalismo, se podría decir que el resultado ha llegado por lo menos dos décadas tarde.

Hoy el Estado está "descuadernado" por las fuerzas de la tecnología y una mayor circulación de personas, mercancías y recursos financieros. El Proyecto de artículos, además, ha entregado nuevamente el "trono" al Estado en el reino del derecho internacional, cuando nuevos actores, actividades y organismos transnacionales retan constantemente la vieja concepción del Estado. Con razón la CDI puso como prioridad la terminación del Proyecto de artículos. Cualquier retraso adicional habría conducido a cincuenta años de dolor y esfuerzos de algunos de los expertos más eminentes de su tiempo.

Los artículos tratan todo el ámbito de la responsabilidad estatal[115]. Consecuentemente, no se limitan a violaciones de las obligaciones de carácter bilateral, por ejemplo, en virtud de un tratado bilateral con otro Estado. Se aplican a todo el ámbito de las obligaciones internacionales de los Estados, si la obligación se debe a uno o varios Estados, a un individuo o a un grupo, o a la comunidad internacional en conjunto.

Bibliografía

Alan Khee-Jin Tan, "Forest Fires of Indonesia: State Responsibility and International Liability", en *International & Comparative Law Quarterly,* 1999, Vol. 48, No. 4.

Bernard Oxman, "Gabcìkovo-Nagymaros Project (Hung./Slovk.), Judgement", en *American Journal of International Law,* 1998, Vol. 92.

Chorzow Factory Case (Merits) (1928) P.C.I.J. Ser.A, No.17.

CMS Gas Transmission Company vs. *Argentine Republic,* (*Annulment Proceeding*), ICSID Caso No. ARB/ 01/8.

Continental Casualty Company vs. *Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/03/9.

Daniel Bodansky & John R. Crook, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles: Introduction and Overview", en *American Journal of International Law,* 2002, Vol. 96.

David Caron, "The Basis of Responsibility: Attribution and Other Transubstantive Rules of State Responsibility", en Richard B. Lillich & Daniel B. Magraw

115 ILC Draft Articles, *op. cit.*, p. 32.

(eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution To The Law Of State Responsibility*, 1998.

David D. Caron, "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical, Relationship between Form and Authority", en *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96, No. 4.

David Kaye, "ILC: Draft Articles on State Responsibility", en *ILM,* 1998, Vol. 37.

Edith Brown Weiss, "Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century", en *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96, No. 4.

ICJ, *Accordance with International Law of The Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, 2010, ICJ Reports.

__ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina *vs.* Serbia and Montenegro), Judgment (2007), ICJ Reports 2007.

__ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo *vs.* Belgium), Judgment (2002), ICJ Reports 2002.

__ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti *vs.* France), Judgment (2008), ICJ Reports 2008.

__ *Gabcìkovo-Nagymaros Project* (Hung./Slovk.), Judgment, ICJ Reports 1997.

__ *Islamic Republic of Iran* vs. *United States of America*, ICJ, Judgment on Merits, (noviembre 6 del 2003).

__ *LaGrand* (Germany *vs.* United States of America), Provisional Meausures (1999), Order of 3 March 1999, ICJ Reports 1999.

__ *LaGrand Case* (Ger. *vs.* U.S.), Merits (Int'l Ct. Justice June 27, 2001). En: http://www.icj-cij.org.

__ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations,* Advisory Opinion, ICJ Reports 1949.

__ *Republic of Guinea / Democratic Republic Of the Congo*, ICJ Reports 2010.

__ *South West Africa Cases* (Ethiphia *vs.* South Africa; Liberia *vs.* South Africa), Second Phase (1966), ICJ Rep.

__ *The Barcelona Traction Case* (Belgium *vs.* Spain), (1970), The ICJ Reports.

James Crawford, *et al.,* "The ILC's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading", en *European Journal of International Law*, 2001, Vol. 15(5).

James Crawford, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", en *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96(4).

Jamison M. Selby, "State Responsibility and the Iran-United States Claims Tribunal", en *Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), 1989, Vol. 83.

Jeffrey Dunoff & Joel Trachtman, "The Lotus Eaters", en *EJIL Analysis,* julio 16 del 2010. En: http://www.ejiltalk.org/the-lotus-eaters/.

Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928 PCIJ, Series B, No.15.

Louis B. Sohn y R. R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", en *American Journal of International Law,* 1961, Vol. 55, No. 3.

Marina Spinedi, "On the non-attribution of the Bosnian Serbs' conduct to Serbia", en *Journal of International Criminal Justice,* 2007, Vol. 5(4).

__ "State Responsibility *vs.* Individual Responsibility for International Crimes", en *European Journal of International Law*, cuarta edición, 2002, Vol. 13.

M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, tercera edición, CUP, 2011.

Myint Zan, "Democratic Republic of Congo *vs.* Belgium: Arrest Warrant of 11 April 2000; Crimes against Humanity: 'Immunity' *versus* 'Impunity'", en *Journal of South Pacific Law,* 2003, Vol. 7, No. 1.

Rahmatullah Khan, *The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases, and Contribution*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

Report of the Working Group on Responsibility of International Organizations, UN Doc. A/CN.4/L.622 (2002), and the debate in UN Doc. A/CN.4/SR.2740 (2002).

Richard B. Lillich, "The Current Status of the Law of State Responsability for Injuries to Aliens", en Richard B. Lillich (ed.), en *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens,* 1983.

Robert Rosenstock, "The ILC and State Responsibility", en *American Journal of International Law,* 2002, Vol. 96, No. 4.

S.N. Guha Roy, "Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?", en *American Journal of International Law,* 1961, Vol. 55, No. 4.

S.S. Lotus (Fr. *vs.* Turk.), 1927 PCIJ Series A, No 10 (septiembre 7). En: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.

The ECJ, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation *vs*. Council of the EU & Comm'n of the EC).

UN Secretary General, "Ruling On the Rainbow Warrior Affair between France & New Zealand", en *ILM,* 1987, Vol. 26.

CAPÍTULO 16

Las funciones de los tribunales internacionales: Una evaluación a la luz de su creciente autoridad pública

*Armin von Bogdandy e Ingo Venzke**

La visión unidimensional tradicional y sus problemas

Esta contribución presenta las instituciones judiciales internacionales como actores multifuncionales, en oposición a la concepción tradicional que concibe una sola función para tales instituciones: la solución de controversias. La visión tradicional, unidimensional, es deficiente, ya que eclipsa otras tareas importantes que muchos tribunales internacionales realizan hoy en día. También subestima los problemas de legitimación. Estas deficiencias no son sólo un problema teórico, sino que también pueden ser un obstáculo para hacer realidad todo el potencial de la jurisdicción internacional. Toda vez que el punto de vista tradicional no puede captar las dimensiones relevantes de la práctica judicial actual, ni seguirle el pulso a sus desarrollos centrales, la misma limita indebidamente la interpretación del derecho, desorienta cuando se puede elegir entre varias alternativas, e impide que los tribunales internacionales sean concebidos como instituciones de autoridad pública. Si, por ejemplo, la creación de normas se reconoce como una función de los tribunales internacionales, las normas sobre la intervención de terceros deberán necesariamente ser interpretadas de manera diferente, en comparación con la visión que se centra exclusivamente en la solución de controversias entre las partes. Del mismo modo, se plantean diferentes exigencias en cuanto a la interpretación judicial y la argumentación si se

* El artículo fue publicado originalmente en inglés en: *Leiden Journal of International Law,* 2013, Vol. 26, pp. 49-72.

considera que la contribución sistémica de los tribunales proporciona y reafirma la validez de la ley y estabiliza las expectativas normativas.

El entendimiento que se tiene de las funciones de los tribunales internacionales necesita ser reformulado para los tiempos de la gobernanza global, teniendo en cuenta el notable desarrollo de las instituciones judiciales internacionales en las últimas dos décadas. Nuevas instituciones importantes han surgido y las ya establecidas han sido infundidas con nueva vida[1]. Este cambio en la cantidad ha ido de la mano con un cambio en la calidad, precisamente por la multifuncionalidad de la práctica judicial internacional. Para apreciar las varias contribuciones de la adjudicación contemporánea a la interacción social, identificamos tres funciones que van más allá de la simple solución de controversias. Los tribunales internacionales estabilizan las expectativas normativas, lo cual incluye la reafirmación de la validez del derecho internacional y su cumplimiento; desarrollan expectativas normativas, y por lo tanto crean derecho; y controlan y legitiman la autoridad ejercida por otros. En el marco de la multifuncionalidad de los tribunales internacionales, otros recursos de legitimación tienen que ser explorados para complementar el consentimiento del Estado como fundamento de la práctica judicial internacional. Ciertamente, no todas las decisiones judiciales cumplen todas las funciones de igual manera y en todo momento, y éstas funciones incluso pueden generar tensiones entre sí. Pero ya que los tribunales internacionales son instituciones en el contexto de la gobernanza global en tiempos de creciente globalización, todas las funciones que hemos mencionado son relevantes para la evaluación de su práctica. Por encima de todo, una visión multidimensional de su práctica muestra que, en general, los tribunales internacionales se han convertido en instituciones que ejercen autoridad pública internacional, y que esto exige un *modus* de la justificación que satisfaga las premisas básicas de la legitimidad democrática.

En contraste, muchos trabajos académicos parecen tomar como obvio que los tribunales internacionales son exclusivamente, o al menos en su mayor parte, instrumentos para la solución de controversias. Es fácil ver que ésta es la perspectiva prevaleciente cuando notamos el tratamiento de los tribunales bajo el título de solución de controversias, en la misma categoría que los buenos oficios y la mediación. En los libros de texto, así como en

1 Yuval Shany, "No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary", en *EJIL*, 2009, Vol. 20; Benedict Kingsbury, "International Courts: Uneven Judicialization in Global Order", en James Crawford y Martti Koskenniemi (eds.), *Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 203.

las grandes obras de la disciplina, los tribunales entran por lo general en escena en uno de los últimos capítulos, como uno de varios medios para la solución de controversias[2]. Tal comprensión también ha sido positivisada en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas (CNU), que ilustrativamente ubica el arbitraje y la adjudicación en una lista de mecanismos para la "solución pacífica de controversias" (Capítulo IV CNU). Sin embargo, esta disposición tiene casi setenta años y está fuera de sintonía con los acontecimientos recientes. Resulta claro que la perspectiva prevaleciente no abarca a todas las instituciones judiciales internacionales cuando se considera el ámbito del derecho penal internacional, que poco se puede entender desde la perspectiva de la solución de controversias[3].

La miopía funcional viene aparejada con la miopía en términos de la legitimidad de los tribunales internacionales. La visión tradicional justifica los tribunales internacionales sobre la base del consentimiento de los Estados contendientes[4]. El Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), por ejemplo, mantuvo en este sentido que "[e]l Acuerdo de la OMC es un tratado - el equivalente internacional de un contrato. Es evidente que en el ejercicio de su soberanía, y en la búsqueda de sus propios intereses nacionales respectivos, los Miembros de la OMC han concluido un acuerdo"[5]. Sería un error, sin duda, negar que el consentimiento de los Estados sigue siendo una importante fuente de legitimidad. Pero frente a otras funciones, ahora más pronunciadas, y en vista de la creciente autoridad pública de los tribunales internacionales, parece necesario intentar recurrir a otras fuentes de legitimidad. Cuando nos dispusimos a clarificar las distintas funciones de los tribunales internacionales que van

2 Véase, por ejemplo, Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, p. 1010; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 701-725; Pierre-Marie Dupuy y Yann Kerbrat, *Droit International Public*, París, Dalloz, 2010, pp. 613-656; Patrick Daillier, Mathias Forteau y Allain Pellet, *Droit International Public*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2009, p. 923; Karl Doehring, *Völkerrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, pp. 470-502.

3 Esto, por supuesto, ha sido reconocido y el análisis en este campo ha procedido en consecuencia. Véase, por ejemplo, José Alvarez, "Rush to Closure: Lessons of the Tadic Judgment", en *Michigan Law Review*, 1998, Vol. 96; William Burke-White, "The Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia-Herzegovina", en *Colum. J. Transnat'l L.*, 2007-2008, Vol. 46.

4 Véase, por ejemplo, John Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 116-119.

5 OMC, Appellate Body, *Japan–Alcoholic Beverages (II)*, WT/DS8/AB/R, Report of 4 October 1996, p. 14.

más allá de la solución de controversias, lo hacemos sobre todo para afinar cuestiones normativas. Un análisis funcional dice poco sobre si las prácticas son justificadas.

Esta contribución comienza con la presentación de cuatro funciones claves que las decisiones judiciales internacionales pueden realizar (véase el título "Las funciones de los tribunales internacionales"). Estas funciones son luego explicadas de acuerdo con los entendimientos normativos que se tienen de los tribunales internacionales, que respectivamente son vistos como instrumentos de las partes en un orden mundial centrado en el Estado, como órganos de una comunidad internacional basada en valores, y como instituciones de los regímenes jurídicos específicos (véase el título "Funciones a la luz de entendimientos básicos"). A pesar de ser notables, cada uno de estos entendimientos se enfrenta a problemas distintos, que nos llevan a dibujar los contornos de un nuevo paradigma para el estudio de los tribunales internacionales como actores que ejercen autoridad pública[6]. Nuestro análisis funcional ayuda, en últimas, a afinar tanto el fenómeno como las cuestiones normativas (véase el título "Perspectivas: cómo un análisis funcional resalta las cuestiones normativas").

Las funciones de los tribunales internacionales

Es una práctica común y apropiada en la investigación jurídica el estudiar un fenómeno a través del análisis funcional, por ejemplo, investigando la forma en que contribuye a la interacción social ordenada y pacífica. El estudio de los tribunales nacionales en este sentido ha producido muchas ideas valiosas[7]. Ampliamos esa metodología y ese cúmulo de conocimiento

6 Así ampliamos en una línea de investigación centrada en la autoridad pública internacional, que hasta ahora ha examinado la justificación democrática de los tribunales internacionales, como las instituciones del poder público (Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "In Whose Name? International Courts' Public Authority and its Democratic Justification", en *European Journal of Internationl Law,* 2012, Vol. 23); y en su función de legislar (Armin von Bogdandy e Ingo Venzke [eds.], "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", Special Issue, *German Law Journal,* 2011, Vol. 12). Para el concepto de autoridad pública internacional véase: Armin von Bogdandy, Philipp Dann y Matthias Goldmann, "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", en *German Law Journal,* 2008, Vol. 9.

7 Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, 1981; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1993; R. Bender, "Funktionswandel der Gerichte", en *Zeitschrift für Rechtspolitik,* 1974; R. Cotterrell, *The Sociology of Law*, Londres, Butterworths, 1984, pp. 216-258; L.M. Friedman, "Trial Courts and their Work in the Modern World", en

y miramos a los tribunales internacionales, que entendemos en términos generales como instituciones cuya actividad característica recae en la toma de decisiones vinculantes, mediante la aplicación de criterios legales según los procedimientos ordenados[8]. Cuando un tribunal "decide un caso" y "se aplica el derecho", esto, por lo general, tiene una serie de consecuencias sociales diferentes, que pueden ser entendidas como funciones. En particular, las funciones no necesitan y no deben limitarse a lo que las instituciones están legalmente obligadas a hacer. Y, sobre todo, reiteramos que el análisis funcional es distinto de la evaluación normativa.

Sin duda, es una gran pregunta el cómo debe entenderse el marco de la interacción social. El horizonte de los tribunales nacionales se suele limitar a la comunidad específica y a los individuos que alberga. Fórmulas como "en el nombre del pueblo" o "en el nombre del rey", que muchos tribunales nacionales de todo el mundo recitan al inicio de sus sentencias, transmiten precisamente este punto de referencia como el universo relevante[9]. El punto de vista privilegiado de un análisis funcional de los tribunales internacionales es, en comparación, aún más difícil de evaluar. Notablemente, los tribunales internacionales no cuentan con una fórmula equivalente a la utilizada por muchos tribunales nacionales. Este vacío refleja una incertidumbre fundamental: ¿Deberían decidir los tribunales internacionales en nombre de los Estados que los han creado, en nombre de la comunidad internacional, en nombre de un régimen jurídico específico, o tal vez incluso en

---

L.M. Friedman y M. Rehbinder (eds.), *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*, Opladen, 1976, pp. 39-82; H. Jacob, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, Yale University Press, 1996; K.F. Röhl, *Rechtssoziologie*, Heymann, 1987, pp. 520-521.

8 En particular incluimos las instituciones judiciales, como el Órgano y los Paneles de Apelación de la OMC, aún si no se toman decisiones formalmente sino que emiten informes, véase: art. IV(3) WTO, art. 16 y 17 DSU. Véase: Cesare Romano, "A Taxonomy of International Rule of Law Institutions", en *Journal of International Dispute Settlement,* 2011, Vol. 2, pp. 251-254; Laurence Helfer y Anne-Marie Slaughter, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", en *Yale Law Journal,* 1997-1998, Vol. 107, p. 338 (ambos ofrecen un concepto igualmente amplio). Compare Christian Tomuschat, "International Courts and Tribunals", en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max-Planck-Encyclopedia of Public International Law*, párrafo 1 (usando una concepción más estrecha). No obstante, no consideramos el TJUE como un tribunal internacional porque es parte de un orden constitucional y de una política institucional desarrollada. La investigación también parece ser más avanzada con respecto al TJUE, véase: Grainne de Burca y Joseph H.H. Weiler (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

9 Pero hay que tener en cuenta que los límites domésticos de sus horizontes cada vez son más desafiados con buenas razones, André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 9-10; Eyal Benvenisti y George W. Downs, "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law", European Journal of International Law 59, 2009, Vol. 20.

nombre de los ciudadanos transnacionales o cosmopolitas? A pesar de esta incertidumbre fundamental, de la cual hablaremos en el título "Funciones a la luz de entendimientos básicos", es de todos modos posible identificar y distinguir cuatro funciones principales.

La solución de controversias

Una primera función principal ha sido y sigue siendo la de solucionar controversias en casos individuales. Se apoya en la esperanza de que la autoridad de las decisiones judiciales ponga fin a un conflicto que podría, de otra manera, desatar la potencial amenaza de una confrontación violenta[10]. Si bien esta visión unidimensional es insuficiente, la función de la solución de controversias, sin duda, sigue siendo la más destacada. Los tribunales internacionales son mecanismos para la "solución pacífica de controversias" (Cap. VI CNU) y ofrecen "una alternativa a la solución directa y amistosa de las controversias entre las partes"[11]. También el artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece claramente que "la función del tribunal es decidir [...] las controversias que sean presentadas a la misma"[12]. Cabe destacar que la CIJ declaró que "la función de este Tribunal es resolver las disputas legales internacionales entre los Estados [...] y no actuar como un tribunal de apelación penal"[13]. Mientras que no hay duda en cuanto a la declaración de la Corte sobre lo que no es, la función singular de solución de controversias es engañosa. Si uno analiza la práctica de una institución o de una decisión concreta a la luz de una sola función, entonces se pierde todo su significado y relevancia. Un caso famoso fácilmente aclara esto.

10 Constanze Schulte, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, 2005; Hélène Ruiz Fabri, "Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce", en Hélène Ruiz Fabri (ed.), *L' effectivité des organisations internationales*, París, Pedone, 2000, pp. 155-178.

11 ICJ, *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany *vs.* Denmark and Netherlands), Judgment of 20 February (1969), ICJ Reports 1969, p. 3, parágrafo 87, con referencia a PCIJ, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929 PCIJ Series A, No. 22, p. 3, párrafo 13. *Cfr*. Georges Abi-Saab, "Cours général de droit international public", en *Recueil des Cours,* 1987, Vol. 207, p. 229.

12 Véase: Alain Pellet, "Article 38", en A. Zimmermann, C. Tomuschat y K. Oellers-Frahm (eds.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press 2006, Mn 54.

13 ICJ, *LaGrand* (Germany *vs.* United States of America), Provisional Measures, 1999, Order of 3 March 1999, ICJ Reports 1999, p. 9, parágrafo 25.

La estabilización de las expectativas normativas

Es dudoso que la famosa sentencia *Nicaragua* de la CIJ contribuyera a resolver la disputa entre Nicaragua y los Estados Unidos[14]. La decisión en este caso tuvo tal vez un efecto negativo, ya que impulsó a Estados Unidos a retirar su reconocimiento unilateral de la jurisdicción del tribunal[15]. Sin embargo, si la decisión es considerada a la luz de la contribución que ha hecho al estabilizar las expectativas normativas —una segunda función principal de los tribunales internacionales—, entonces una imagen diferente comienza a emerger. La sentencia reafirma la validez de una de las normas cardinales del derecho internacional —la prohibición del uso de la fuerza— frente a la práctica contraria de las dos superpotencias de la época. Alimentando el discurso jurídico general, la decisión afirmó el derecho internacional como un orden que promueve la paz y no se doblega ante los poderosos.

Así, pues, el fallo *Nicaragua* apoyó la normatividad del derecho y estabilizó las expectativas normativas respecto de la utilización de la fuerza. La decisión desanimó el *modus cognitiva opuesto,* defendido por el historiador griego Tucídides, según el cual "los fuertes hacen lo que pueden y los débiles sufren lo que deben"[16]. Es una posición ampliamente compartida por corrientes de otro modo contradictorias de la teoría jurídica, las cuales coinciden en que ésta es una de las funciones claves del derecho: que el mantenimiento de las expectativas normativas, en particular en caso de su violación, es la clave para las interacciones sociales ordenadas[17]. Sería extraño ubicar este aporte más allá de las funciones de la Corte, ya que esto es precisamente por lo que el fallo *Nicaragua* es más famoso.

La función de estabilización de las expectativas normativas requiere alguna aplicación del derecho.

Lo cierto es que, en comparación con el nivel nacional, hay pocos mecanismos coercitivos en el orden internacional que podrían ser utilizados con el fin de exigir el cumplimiento de las decisiones internacionales. Según el

14 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua *vs.* United States of America), merits, Judgment of 27 June (1986), ICJ Reports 1986, p. 14.

15 United States: The Secretary of State, Washington, "Departament of State Letter and Confirmation Concerning Termination of Acceptance of ICJ Compulsory Surisdiction", en International Legal Materials, 1985, Vol. 24.

16 Thucydides, *The History of the Peloponnesian War*, Londres, Dent, 1910, Libro 5, Capítulo 89.

17 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 2008, p. 427; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995, pp. 150-153.

artículo 94(2) CNU, el Consejo de Seguridad podría tomar medidas coercitivas si la inobservancia de las decisiones de la CIJ pone en peligro la paz y la seguridad internacional[18]. En la práctica, sin embargo, el incumplimiento de las sentencias de la CIJ o de la mayoría de los tribunales, rara vez atrae medidas coercitivas como respuesta. Pero sería demasiado estrecho limitar la aplicación del derecho al poder compulsorio. Otras formas de aplicación que funcionan a través de la autoridad de los tribunales y su posición en el discurso jurídico internacional pueden ser igual de decisivas e incisivas[19]. En particular, contravenir un fallo internacional frecuentemente se traduce en una pérdida de la reputación, con importantes efectos prácticos[20].

Habiendo dicho esto, es claro que algunos tribunales internacionales forman parte de contextos que pueden ofrecer mecanismos importantes de apoyo al cumplimiento de las decisiones judiciales. El Comité de Ministros del Consejo de Europa monitorea la ejecución de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[21], en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los miembros pueden recurrir a las contramedidas una vez que sus demandas hayan tenido éxito en la adjudicación[22], y los laudos arbitrales del los Paneles-CIADI son exigibles ante los tribunales nacionales, como si fueran adoptados por el más alto tribunal nacional[23]. Las deficiencias del paradigma tradicional son particularmente evidentes respecto de los tribunales penales internacionales. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) no resolvió una disputa entre el acusado señor Tadic y la fiscal Carla del Ponte[24]. La justicia penal internacional simplemente no puede ser entendida sin la función de estabilizar las expectativas normativas.

Creando el derecho

La decisión del caso *Nicaragua* no sólo contribuyó a la estabilización de las expectativas normativas, sino también a lo que a menudo se llama el

18 Mosler y Oellers-Frahm, "Article 94", en Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 38-63.

19 Barnett y Duvall, "Power in Global Governance", en M. Barnett y R. Dyvall (eds.), *Power in Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 1.

20 Sobre el concepto de reputación véase: Andrew T. Guzman, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 71.

21 European Convention on Human Rights artículo 46 (2) 78 UNTS 277.

22 DSU artículo 22.

23 ICSID-Convention art. 54.

24 ICTY, *Prosecutor* vs. *Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995 (IT-94-1-AR 72)

"desarrollo" del derecho internacional[25]. La decisión ha servido de base para argumentos jurídicos, los cuales respaldan una amplia interpretación de la prohibición del uso de la fuerza, y una lectura restrictiva del derecho a la defensa propia. "Aumentó" el derecho internacional por haber añadido a su contenido normativo[26]. Algunas instituciones tienen el mandato específico del artículo 3(2) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC de "aportar seguridad y previsibilidad" al derecho internacional. El Órgano de Apelación se apoyó en esta disposición para argumentar que sus anteriores decisiones necesitan ser tomadas en cuenta, en su caso, ya que "crean expectativas legítimas" entre los miembros y participantes del mercado[27]. El desarrollo de las expectativas normativas es, pues, una función básica de los tribunales internacionales[28]. Esta dimensión de la práctica judicial se puede entender mejor como la generación de la nueva normatividad legal, o simplemente como *creación del derecho*.

El efecto de creación de derecho de las decisiones judiciales tiene dos partes estrechamente entrelazadas que deben ser distinguidas. En una se trata de la creación del derecho en el caso particular entre las partes, y se deriva de la aplicación de las normas pertinentes al caso concreto[29]. La otra dimensión de la creación judicial del derecho, la que está en juego aquí, va más allá del caso en cuestión. Los tribunales están añadiendo algo al derecho con la decisión misma, con la justificación que lleva a la decisión (*ratio decidendi*), así como con todas las consideraciones adicionales mencionadas por el tribunal (*obiter dicta*)[30]. De hecho, parece que un número de decisiones actuales buscan cándidamente influenciar el discurso jurídico general, estableciendo de manera forzosa declaraciones abstractas y categóricas

25 Ingo Venzke, "The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review,* 2012, Vol. 34.

26 Véase: Vaughan Lowe, "The Function of Litigation in International Society", en *International and Comparative Law Quarterly,* 2012, Vol. 41, 209, pp. 213-214.

27 OMC, Appellate Body Report, *Japan–Alcoholic Beverages (II)*, WT/DS 8, 10 y 11/AB/R, octubre 4 de 1996, pp. 14-15.

28 C.G. Weeramantry, "The Function of the International Court of Justice in the Development of International Law", en *LJIL,* 1997, Vol. 10.

29 Friedrich Müller, "Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert", en *Richterliche Rechtsfortbildung,* Fs Heidelberg, 1986, pp. 65 y 78.

30 Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *German Law Journal*, 2011, Vol. 12, p. 987; Marc Jacob, "Precedents: Lawmaking through International Adjudication", *German Law Journa*l, 2011, Vol. 12, p. 1029; Mohamed Shahabuddeen, Precedent in the World Court 76, 209 (1996); Armin Höland, "Wie wirkt Rechtsprechung?", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie,* 2009, Vol. 30, 23, pp. 35-39.

como puntos de referencia autoritativos para la posterior práctica legal. La creación del derecho es una parte inevitable de la decisión judicial, porque la justificación de la decisión es un requisito jurídico de la misma[31]; sin embargo, por diversas razones, incluida la jurisdicción obligatoria y el aumento de su uso, la misma ha ganado importancia en las últimas décadas y muchos tribunales pueden ahora, más que antes, desarrollar *jurisprudencia*[32].

El desarrollo judicial del derecho es diferente de la legislación a través de fuentes formales[33]. Las decisiones judiciales impactan el ordenamiento jurídico de manera diferente a la forma en que lo impactan los nuevos textos legales que transitan por el camino de las fuentes del derecho. Las decisiones figuran como argumentos e influyen al derecho a través de su impacto en el discurso jurídico. El efecto creador del derecho de las decisiones judiciales, en particular en su dimensión general y abstracta que va más allá del caso individual, no sólo depende de la *voluntas*, sino también de su *ratio*. Sin embargo, las decisiones internacionales disfrutan de un prestigio excepcional en disputas semánticas sobre el significado del derecho, y así contribuyen a su creación[34]. Los tribunales regularmente utilizan precedentes en su argumentación jurídica y, en ocasiones, desarrollan un razonamiento detallado respecto a si las decisiones judiciales anteriores son relevantes o no[35]. Así, los precedentes judiciales redistribuyen cargas argumentativas en el discurso jurídico. Ignorar o, incluso, negar esta función de creación del derecho significa dejar de un lado un aspecto importante de la dinámica del orden jurídico internacional. En consecuencia, el derecho procesal de

31 Véase, por ejemplo, Statute of the International Court of Justice art. 56(1), 15 UNCIO 355; Rules of Procedure, European Nuclear Energy Tribunal, septiembre 5 de 1965) art. 41. Tambien véase: Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen* 283, 1929; Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung 167-171, 1976; Joel P. Trachtman, "The Domain of WTO Dispute Resolution", en *Harv. Int'l L. J.,* 1999, Vol. 40, 333.

32 En más detalle Jacob, *op. cit*. Stephan W. Schill, "System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking", *German Law Journal*, 2011, Vol. 12.

33 Esta distinción se sostiene con el uso de términos diferentes en la ciencia-jurídica alemana, mientras que en el mundo del derecho consuetudinario, el juez innovador frecuentemente sólo figura como un *fabricante de la ley*. South Pacific Co. *vs.* Jensen, 244 U.S. 205, 221, 1917 (J. Holmes, *dissenting*); Lord Reid, *The Judge as Law Maker*, *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1972, Vol. 12, 22.

34 Ingo Venzke, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists,* Oxford, Oxford University Press, 2012. Sobre el concepto de la disputa semántica véase*:* Ralph Christensen & Michael Sokolowski, "Recht als Einsatz im Semantischen Kampf"*,* en *Semantische Kämpfe. Macht und Sprache in den Wissenschaften,* Ekkehard Felder (ed.), 2006, 353. Para una comprensión aún más drástica véase: Robert M. Cover, "Violence and the Word", en *Yale L. J,* 1986, Vol. 95, 1601.

35 Jacob, *op. cit*.

los tribunales internacionales debe ser interpretado y desarrollado de una manera que también responda a esta función[36].

Controlando y legitimando la autoridad pública

Otra función aparece si se considera a los tribunales internacionales respecto de otras instituciones de autoridad pública que, por lo tanto, requieren de control y legitimidad; es decir, si se miran desde una perspectiva de separación de poderes o de pesos y contrapesos. En una dimensión *vertical*, los tribunales internacionales controlan la autoridad nacional en relación con los estándares del derecho internacional. Los tribunales internacionales de derechos humanos ofrecen el ejemplo clásico[37], pero otros se han unido a ellos. Por ejemplo, el derecho internacional económico, fuertemente moldeado por la práctica judicial, contiene prescripciones detalladas para la regulación nacional. En particular, las disposiciones internas que son consideradas como contradictorias del derecho internacional económico pueden ser impugnadas por un miembro de la OMC antes de que se hayan aplicado, sin que el demandante deba demostrar un interés jurídico individual en el caso[38]. La función de controlar la autoridad pública nacional también se aplica a las decisiones adoptadas por los tribunales del CIADI. A menudo adoptan el papel de adjudicación administrativa o constitucional, el cual se entiende deficiente en el país anfitrión de la inversión[39].

Para refinar, pero también para profundizar su función de control, muchos tribunales internacionales han formado doctrinas tales como el análisis de la proporcionalidad, que se deriva precisamente de la justicia administrativa y constitucional[40]. Con tales doctrinas, los tribunales internacionales

36 Por ejemplo véase: Bogdandy y Venzke, 2012, *op. cit*.

37 Luzius Wildhaber, "Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?", *Europäische Grundrechtezeitschrift*, Vol. 29, 2002; Helen Keller y Alec Stone-Sweet (eds.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, New York, Oxford University Press, 2008; Pía Carazo Ortiz, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica", en Armin von Bogdandy, *et al.* (eds.), *¿Integración suramericana a través del derecho?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 231.

38 Art. 16(4) WTO-Agreement; OMC, Appellate Body, *EC - Bananas III*, WT/DS27/AB/R, septiembre 9 de 1997, parágrafos 132-135.

39 Benedict Kingsbury y Stephan W. Schill, "Investor State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law", 2009, *NYU Public Law and Legal Theory Research Working Papers*, No. 146, p. 7.

40 Johannes Saurer, "Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", *Der Staat*, 2012, Vol. 51; Samuel Issacharoff, "Democracy and Collective Decision Making", *International Journal of Constitutional Law*, 2008, Vol. 6.

pueden controlar de cerca la actividad nacional regulatoria. Se mueven en un espacio de toma de decisiones políticas que ha sido, al menos tradicionalmente, reservado a las administraciones o las legislaturas.

Controlar la autoridad nacional contribuye en muchos sentidos a su legitimación. La revisión de actos públicos realizada por una institución independiente, con base en estándares generales, es uno de los mecanismos de legitimación más poderosos. Es por esta razón que muchas constituciones nacionales atribuyen un papel doméstico específico a los tratados internacionales y a sus tribunales, en particular en el ámbito de la protección de los derechos humanos[41]. Además, algunos tribunales internacionales desarrollan normas procesales para alcanzar procesos administrativos y regulatorios nacionales más justos, contribuyendo así a la legitimación de la autoridad pública nacional que afecta a los extranjeros[42].

El control *horizontal* y la legitimación de la autoridad ejercida en el nivel internacional es más débil. Hasta el momento, los tribunales internacionales tienen un papel limitado dentro de la institucionalidad del derecho internacional en términos de un sistema de pesos y contrapesos[43]. Mientras que un posible control sobre el Consejo de Seguridad mediante la revisión judicial por parte de la CIJ ha sido objeto de amplio debate, hasta el momento el tribunal se ha abstenido de adoptar ese papel[44]. Pero hay otros casos que van en esta dirección. El TPIY, al menos, examinó la legalidad de la resolución a la que debía su existencia[45], y el Panel de Inspección del Banco Mundial, así como otros tribunales administrativos internos, muestran potencial para el control y legitimación[46]. En particular, la jurisdicción consultiva de la CIJ

41 Christina Binder, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *German Law Journal*, 2012, Vol. 12.

42 Véase: Michael Ioannidis, "A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12, 1175; Sabino Cassese, "Global Standards for National Administrative Procedure", en *Law and Contemporary Problems,* 2005, Vol. 68, 109.

43 Para otros posibles mecanismos consultar: Benvenisti y Downs, "The Empire's New Clothes", *Stanford Law Review*, 2007, Vol. 60.

44 Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, Hart, 2004, pp. 69-129; Maria I. Papa, *I rapporti tra la corte internazionale di giustizia e il consiglio di sicurezza*, Cedam, 2006, pp. 287-358; Antonios Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council*, Milán, Oxford University Press, 2011, pp. 94-110.

45 ICTY, Prosecutor *vs.* Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995 (IT-94-1-AR 72), parágrafos 13-48.

46 Sobre el desarrollo del control administrativo en el contexto doméstico véase: Sabino Cassese, "Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa", en Armin von Bogdandy, Sabino Cassese, y Peter M. Huber (eds.), Ius Publicum Europaeum: Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen und Wisswnschaft, 2010,

estaba destinada precisamente para servir como un método para tratar las cuestiones constitucionales que se plantearan en una futura organización internacional general[47]. Más importante aún, los tribunales internacionales pueden contribuir a la legitimidad del orden jurídico del que forman parte. En este orden de ideas, en fin, es posible ver que el fallo *Nicaragua* contribuyó en general a conferir legitimidad al orden jurídico internacional, especialmente a los ojos de los Estados más nuevos y ante la comunidad internacional más amplia[48].

Funciones a la luz de entendimientos básicos

Si hay tanta evidencia de la multifuncionalidad de los tribunales internacionales, surge la pregunta de por qué la visión tradicional unidimensional es aún tan prominente. Varios elementos contribuyen a una explicación provisional. Una de las razones es que el discurso sobre las funciones forma parte de la doctrina general del derecho internacional, y las doctrinas generales suelen evolucionar a una velocidad glacial. Otro elemento es que la doctrina predominante se basa en gran medida en el ejemplo de la Corte Internacional de Justicia (el "Tribunal Internacional"), cuya función paradigmática es hoy cuestionable. Finalmente, y de manera crítica, sostenemos que la posición respecto a las funciones de los tribunales internacionales está fundamentalmente informada por conceptos normativos más amplios respecto del poder judicial internacional y, de hecho, del orden internacional. El énfasis tradicional en la función de solución de controversias va de la mano con un entendimiento básico respecto de los tribunales internacionales, que los considera como instrumentos en las manos de las partes, en un orden mundial centrado en el Estado. Una reevaluación de las funciones exige también una reevaluación de conceptos normativos más amplios. Dos de esos conceptos son de particular importancia hoy, ya que permiten un

---

mnn. 50-1; Michel Fromont, "Typenstaatlichen Verwaltungsrechts in Europa", en Armin von Bogdandy, Sabino Cassese, y Peter M. Huber (eds.), *Ius Publicum Europaeum: Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen und Wissenschaft,* 2010, mnn. 20.

47 Robert Y. Jennings, "General Introduction", en Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat y Karin Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 3, parágrafo 5 (haciendo referencia a las actas de negociación).

48 Edward McWhinney, "Judicial Settlement of Disputes. Jurisdiction and Judiciabilty", en *Recueil des Cours,* 1990, Vol. 221, 9, pp. 36-45; Abi-Saab, *op. cit.*, pp. 255-258.

análisis multifuncional. Un segundo entendimiento básico que goza de raíces antiguas ve a los tribunales internacionales como órganos de una comunidad internacional basada en valores, mientras que un tercero se ha desarrollado después de la globalización y considera a los tribunales internacionales como instituciones de regímenes jurídicos específicos.

Los tribunales internacionales como instrumento de las partes

La mirada unifuncional del poder judicial internacional es un corolario del entendimiento que ve a los tribunales internacionales como un instrumento en manos de las partes para la solución de los conflictos concretos en un orden mundial centrado en el Estado. Desde esta perspectiva, los tribunales deciden las controversias en nombre de los Estados que las crearon y el papel adecuado de los tribunales es apegarse a esta función. Esta visión está conectada con el origen del proceso judicial, el cual se ubica en la decisión de dos partes de involucrar a un tercer actor en la resolución de su litigio[49]. Muchas veces los procesos judiciales fueron las primeras instituciones de una sociedad encargada de decidir las controversias sobre la base de criterios normativos generalmente compartidos[50]. El paso decisivo radica en la transformación de una disputa bilateral o diádica entre las partes, en un proceso tríadico en el cual se supone que la decisión de un tercer actor socava las dinámicas de acción y venganza, y resuelve su disputa[51].

Cumpliendo con esta función, mantener un perfil bajo podría ser visto como crucial para el éxito institucional de los tribunales en el difícil ambiente de las relaciones internacionales. Este entendimiento tiene una larga tradición. En un tratado del año 445 a.C., Atenas y Esparta acordaron no ir a la guerra si una de las partes deseaba presentar la controversia a un tribunal arbitral. Cuando estalló una controversia, Atenas sugirió llevar el caso a arbitraje, de conformidad con el tratado. Pero Esparta decidió atacar Atenas y sufrió una amarga derrota. La opinión generalizada sostuvo que Esparta perdió porque, al no hacer caso a su obligación de recurrir al arbitraje, había provocado la ira de los dioses. En otro caso los papeles se invirtieron, Esparta se puso del lado de la ley y derrotó a Atenas, lo cual fue

49 Shapiro, *op. cit*.

50 Hans Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944; Shapiro, *op. cit*.

51 L. F. Damrosch, "Retaliation or Arbitration - Or Both? The 1978 United States - France Aviation Dispute", *American Journal of International Law*, 1980, Vol. 74.

visto de nuevo como el justo castigo de los dioses[52]. En este contexto, el ya mencionado Tucídides llegó a la conclusión de que es imposible atacar a una parte que se ha ofrecido a someter la controversia a un arreglo judicial[53]. Solucionar el conflicto, y nada más, era la tarea del tribunal.

Las instituciones judiciales internacionales modernas se desarrollaron a partir de un contexto de cierta forma parecido[54], cuando las dos Conferencias de la Paz de 1899 y 1907 establecieron la Corte Permanente de Arbitraje (CPA)[55]. La mayoría de los delegados tenía una concepción de orden internacional centrada en el Estado, que es bastante hostil a la institución internacional autónoma con funciones diferentes a la solución de controversias. Lo mismo ocurrió después de la Primera Guerra Mundial, cuando los representantes de los Estados establecieron la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en 1920[56]. El entendimiento imperante centrado en el Estado, personificado en la decisión de *Lotus*, sólo permitió una institución bastante débil, sin jurisdicción obligatoria y sin ningún papel real más allá de la solución de una controversia[57]. Max Huber, presidente de la CPJI desde 1925 a 1927, expresó el primer entendimiento básico de una manera ideal cuando se encontró como único árbitro en el caso de *Las Islas de Palmas* y sostuvo que la "[s]oberanía en las relaciones entre los Estados significa independencia. Independencia con respecto a una porción del mundo es el derecho a ejercer en su territorio, con la exclusión de cualquier otro Estado, las funciones de un Estado. […] [E]ste principio de la competencia exclusiva del Estado […] [es] el punto de partida en la solución de la mayoría de las cuestiones que tienen que ver con las relaciones internacionales"[58].

Este entendimiento ha dado forma a las ideas sobre la adjudicación internacional que siguen imperando hasta el día de hoy, y la CIJ sigue

52 Louis B. Sohn, "International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present", en Alfred H. Soons (ed.), *International Arbitration*, Dordrecht, Nijhoff, 1990, p. 9, pp. 10-11; Jackson H. Ralston, *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford, Stanford University Press, 1929, pp. 153-155.

53 Véase: James B. Scott, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Baltimore, Garland, 1909, *ibídem*, p. 198.

54 Julius Goebel, *The Equality of States*, Nueva York, Columbia University Press, 1925.

55 Véase: David D. Caron, "War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference", en *AJIL*, 2000, Vol. 94.

56 Ole Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

57 *The Case of the s.s. Lotus* (France *vs.* Turkey), Judgment of 7 July 1927, PCIJ Series A, No. 10, p. 18; similarmente, *Island of Palmas Case* (Netherlands *vs.* United States of America), *Award of 4 April 1928,* 2 Reports of International Arbitral Awards 829, 1928.

58 *Island of Palmas Case*, *ibídem*, p. 8.

respirando de su aire. Según el juez Simma, la Opinión Consultiva de *Kosovo* del 2010 da buen testimonio de una concepción contractualista y, en su criterio, anacrónica del derecho internacional, que aún prevalece y que no parece haber cambiado desde los días de la sentencia *Lotus*[59]. Como es bien conocido, aunque el Estatuto de la CIJ es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas y todos los miembros de la ONU son automáticamente partes de su Estatuto[60], éste no establece la jurisdicción del tribunal, que requiere otro acto de aceptación por los Estados partes[61]. Aún más que el Pacto de la Sociedad de Naciones, la CNU es respetuosa de la política de los Estados poderosos. Aunque los miembros están obligados a resolver sus controversias por medios pacíficos, y la Carta llama a la CIJ el "órgano judicial principal de las Naciones Unidas" (art. 92 CNU), el papel de la CIJ en la solución pacífica de las controversias se menciona sólo de forma marginal en el art. 33 CNU, donde el arreglo judicial es sólo un mecanismo de solución de controversias, entre otros. La responsabilidad principal de garantizar la paz internacional recae en el Consejo de Seguridad[62]. Esta constelación pone a la CIJ de lleno en el primer paradigma.

El enfoque que ve a la Corte como un simple instrumento de solución de controversias en un orden mundial centrado en el Estado ha tenido influencia en numerosas decisiones de la CIJ. Ofrecemos sólo algunos ejemplos destacados y mostramos deliberadamente cómo divergen los demás tribunales. En el caso del *Canal de Corfú* entre el Reino Unido y Albania, la CIJ aclaró que sólo el consentimiento individual de las partes puede establecer su jurisdicción. En contra de lo que sostuvo el Reino Unido, el tribunal no contó con una resolución del Consejo de Seguridad como base de su jurisdicción[63]. Esta avenida es ahora reconocida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[64], pero no es una opción para la CIJ.

La forma en que el principio fundamental del consenso tiene prevalencia, en lugar de la jurisdicción obligatoria, está también demostrado por la

59 ICJ, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Judge Simma, parágrafos 2-3 y 8; véase Robert Howse and Ruti G. Teitel, "Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by Its Ruling on Kosovo?", *German Law Journal*, 2010, Vol. 11.

60 Art. 92 CNU.

61 Art. 36 CNU.

62 Art. 24(1) CNU. *Cfr.* Helmuth Steinberger, *The International Court of Justice*, Berlín, Springer, 1974, pp. 194 y 195.

63 ICJ, *Corfu Channel Case* (Republic of Albania *vs*. United Kingdom), Judgment of 15 December 1949, ICJ Reports 1949, p. 244.

64 Art. 13(b) Estatuto CPI.

doctrina de la Corte de una tercera parte necesaria, según la cual se debe declarar un caso inadmisible cuando el mismo implique emitir un juicio sobre las acciones de un tercer Estado que no ha aceptado su jurisdicción[65]. Así, el tribunal decidió que el caso de *Timor Oriental* entre Portugal y Australia era inadmisible, porque Indonesia no había reconocido su jurisdicción, cuando era inevitable, según el tribunal, hablar sobre la legalidad de la invasión de Timor Oriental por Indonesia. El hecho de que Portugal acusara a Australia de haber violado una obligación *erga omnes* que brotaba del derecho a la libre determinación del pueblo de Timor Oriental no influyó su decisión[66]. Un entendimiento contractual profundamente arraigado en el derecho internacional incluso inspiró la opinión de la CIJ en su decisión respecto a la Convención sobre el Genocidio, al declarar que la parte que haya formulado reservas inadmisibles no está obligada por la Convención —si no hay voluntad, no existe obligación—[67]. Como se mostrará en un momento, el TEDH decidió todo lo contrario de manera posterior, con respecto a las reservas a la Convención Europea de Derechos Humanos.

La cuestión de los *amici curiae* da otro ejemplo de cómo los tribunales internacionales son vistos como instrumentos de las partes para la solución de controversias en casos concretos[68]. En uno de los primeros casos escuchados por la CIJ, su secretario rechazó por completo la petición de una ONG que pretendía presentar su opinión por escrito y presentarla oralmente en los procedimientos contenciosos[69]. La misma ONG recibió después una

65 ICJ, *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (Italy *vs.* France, United Kingdom and United States of America), Preliminary Question, Judgment of 15 June 1954, ICJ Reports 1954, p.19, p. 32.

66 ICJ, *East Timor* (Portugal *vs.* Australia), Judgment of 30 June 1995, ICJ Reports 1995, p. 90, parágrafo 29. *Cfr*. Dissent by Weeramantry.

67 ICJ, *Reservations to the Convention on Genocide,* Advisory Opinion of 28 April 1951, ICJ Reports 1951, p. 15, p. 27

68 En detalle véase*:* Rüdiger Wolfrum, *Intervention in the Proceedings before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, en Volkmar Götz, Peter Selmer & Rüdiger Wolfrum (eds.), *Liber amicorum Günther Jaenicke - zum 85. Geburtstag*, 1998, p. 427.

69 La respuesta fue fácil porque la ONG había intentado basar su reclamación en el art. 34 CIJ-Estatuto, cuyo párrafo 3 está hecho para las organizaciones internacionales *públicas*. Así, la simple conclusión de que la ONG no es una organización internacional pública bastaba. Véase: Pierre-Marie Dupuy, "Article 34", en Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat & Karin Oellers-Frahm (eds.), *Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2006, pp. 545-563; Anna-Karin Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Eduardo Valencia-Ospina, "Non-Governmental Organizations and the International Court of Justice", en Tullio Treves, *et al*. (eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies,* The Hague, T. M. C. Asser Press, 2005, p. 227..

respuesta positiva por parte del secretario y se le permitió aparecer como *amicus curiae* en el procedimiento consultivo sobre África Sudoccidental[70]. Desde el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, quedó claro que los escritos *amicus curiae* pueden presentarse como parte de los argumentos de las partes contendientes[71]. Más allá de este mínimo denominador común, sigue habiendo un desacuerdo considerable dentro de la CIJ sobre la manera de tratar a los escritos *amicus curiae*. Hasta ahora, opiniones divergentes han impedido los desarrollos que se han dado en otras instituciones judiciales[72]. El expresidente Gilbert Guillaume afirmó que, en la actualidad, los Estados y las instituciones intergubernamentales deben ser protegidas contra los "grupos de presión poderosos que les asedian hoy con el apoyo de los medios de comunicación". Por ello, argumentó, la CIJ debería rechazar las comunicaciones de *amicus curiae* no deseadas[73]. Esto no es necesariamente cierto. La OMC se ha acostumbrado a la idea de que, tal vez, los *amici curiae* tienen un papel que jugar[74]. En el caso pionero *Estados Unidos-Camarones*, el Órgano de Apelación sostuvo que "[l]a sustancia de los Artículos 12 y 13, considerados en su conjunto, es que el ESD otorga a un panel establecido por el Órgano de Solución de Diferencias, encargado de un procedimiento de solución de controversias, amplia y extensa autoridad para emprender y controlar el proceso mediante el cual recaba información, tanto de los hechos relevantes de la controversia, como de las normas legales y los principios aplicables a tales hechos"[75].

El entendimiento Estado-céntrico no sólo orienta a la CIJ; también es bien visible, por ejemplo, en las decisiones de los tribunales arbitrales,

70 Lindblom, *ibídem*.

71 ICJ, *Gabcíkovo-Nagymaros Project* (Hungary *vs.* Slovakia), Judgment of 25 September 1997, ICJ Reports 1997, 7.

72 Véase: ICJ Practice Direction XII (2004).

73 ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, Separate Opinion of Judge Guillaume, ICJ Reports 1996, 287.

74 Robert Howse, "Membership and its Privileges: the WTO, Civil Society, and the Amicus Brief Controversy", en *European Law Journal,* 2003, Vol. 9, 496; Petros C. Mavroidis, "Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing", en Armin von Bogdandy, Yves Mény y Petros C. Mavroidis (eds.), *European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, 2002, 317; Donald McRae, "What is the Future of WTO Dispute Settlement?", *Journal of International Economic Law*, 2004, Vol. 7, p. 2.

75 OMC, Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, octubre 12 de 1998, parágrafo 106. El caso *EC-Asbestos* también fue de gran importancia, véase especialmente: OMC, Appellate Body Communication, WTO Doc. WT/DS135/9, noviembre 8 del 2000; y Minutes of the Meeting of the General Council Held on 22 November 2000, WTO Doc. WT/GC/M/60, enero 23 del 2001.

en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA)[76], que también se concentró en la solución pacífica de las controversias. El entendimiento tradicional se esboza en *Romak* vs. *Uzbekistán*, un arbitraje de tratados de inversión, donde el tribunal determinó que, "en últimas, el tribunal arbitral no había sido encomendado ni por las partes, ni de cualquier otra manera, con la misión de garantizar la coherencia o el desarrollo de la jurisprudencia arbitral. [Su] misión es más mundana, pero no menos importante: resolver la presente controversia entre las partes de forma razonada y convincente, independientemente de las consecuencias no deseadas que [su] análisis podría tener sobre las futuras disputas en general"[77]. El tribunal no se vio a sí mismo realizando ninguna otra función diferente a solución de controversias para ordenar las interacciones sociales. Otros tribunales en el mismo marco reconocen, al menos, una contribución al mantenimiento de la paz[78].

Pero, en general, incluso las instituciones que están orientadas hacia la solución de conflictos específicos de manera arbitral, contribuyen con frecuencia a los desarrollos jurídicos generales. Esto es difícil de evitar cuando se publican sus decisiones razonadas. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos —inicialmente acusado de no cumplir con la tarea de estabilizar las expectativas normativas[79]— terminó contribuyendo a aclarar las cuestiones de nacionalidad y de expropiación, y se pronunció sobre asuntos generales de interpretación, inevitablemente alimentando el discurso jurídico más amplio[80]. Como típicos casos de solución de controversias en casos concretos, los tribunales arbitrales o de reclamaciones muestran cómo

76 Últimamente se ha visto un incremento notable en su actividad, lo cual, entre otras cosas, se debe a su flexibilidad y a cambios significativos en las reglas que se pueden aplicar bajo sus auspicios. En la actualidad, veintinueve casos están pendientes —más que nunca—. Véase: http://www.pca-cpa.org.

77 *Romak* (Romak S. A. *vs.* Uzbekistan), PCA Caso No. AA 280, UNCITRAL Award of 26 November 2009, parágrafo 171.

78 *Abyei* (Government of Sudan and The Sudan People's Liberation Movement/Army), Award of 22 July 2009, parágrafo 767.

79 Ted L. Stein, "Jurisprudence and Jurists' Prudence: The Iranian-Forum Clause Decisions of the Iran-U.S. Claims Tribunal", en *American Journal of International Law,* 1984, Vol. 78, 1, p. 48 *("[…] a tribunal that opts out of the task of normative elaboration makes it more difficult for later tribunals to rely on law as a source of legitimation. The law remains embryonic, untextured, calcified")*.

80 Véase: George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, Clarendon Press, 1996; también: Christopher Pinto, "Iran-United States Claims Tribunal", en Rüdiger Wolfrum (ed.), *op. cit*. Véase Iran *vs.* United States (Caso No. B1), Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol. 38 (2000-2001), parágrafos 84-88, y 113-115.

la visión unidimensional eclipsa parte de las consecuencias sociales de la función judicial internacional.

Los tribunales internacionales como órganos de una comunidad internacional basada en valores

El segundo entendimiento básico concibe a los tribunales como herramientas de la comunidad internacional, cuya tarea es proteger los valores y los intereses fundamentales de esa comunidad[81]. Los tribunales deciden en nombre de la comunidad internacional y no en el nombre de los Estados. Este segundo punto de vista permite un análisis multifuncional que se abre a dimensiones de la práctica judicial más allá de la solución de controversias. Por supuesto, los tribunales internacionales siguen resolviendo los conflictos, pero los Estados ahora son vistos como miembros de la comunidad internacional y la decisión judicial internacional no sólo debe tener en cuenta las relaciones bilaterales entre ellos, sino que también tiene que tener en cuenta los intereses de la comunidad. Es fácil describir la estabilización de las expectativas normativas, la legislación, así como el control y la legitimación de la autoridad pública como actividades en beneficio de la comunidad.

Las raíces de esta visión conducen a concepciones del *jus gentium* cercanas a las teorías del derecho natural y de la doctrina cristiana, basadas en la idea de una sociedad que no se detiene en las fronteras de los sistemas políticos específicos, sino que se extiende a nivel mundial[82]. En esa tradición, una idea universal del orden internacional fue compartida por los activistas de diferentes movimientos por la paz que proporcionaron un impulso importante al desarrollo de las instituciones judiciales internacionales modernas hacia el final del siglo XIX[83]. Con fervor semejante, un grupo de abogados internacionalistas eminentes fundó el Institut de Droit International en 1873 y se comprometió a promover el arbitraje internacional

81 Andreas Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, Beck, Munich, 2001; Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", 250 *Recueil des Cours* 221, 1994.

82 Armin von Bogdandy y Sergio Dellavalle, "Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms", 10 *German Law Journal* 5, 2009; Bernstorff y Venzke, *op. cit.*

83 Heinrich Lammasch, "Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange", en Fritz Stier-Somlo (ed.), *Handbuch des Völkerrechts*, Vol. 5, Kohlhammer, Stuttgart 1914, p. 36. Alfred Fried, *Handbuch der Friedensbewegung*, Verlag der Österreichischen Friedensgesellschaft, Viena, 1905, pp. 262-5.

como medio para garantizar la paz internacional[84]. El Estatuto del Institut formula su objetivo como "favorecer el progreso del derecho internacional al convertirse en la herramienta de la conciencia del mundo civilizado"[85]. La comunidad internacional —el mundo civilizado en la lengua vernácula del siglo XIX— fue llamada a legitimar el derecho internacional y la práctica judicial internacional[86].

Si bien los resultados de las Conferencias de Paz de La Haya dan testimonio de la influencia del primer entendimiento, este segundo paradigma estuvo sin duda también presente[87]. James Brown Scott, un admirador de la doctrina jurídica internacional de la escolástica tardía, sostuvo a la luz del resultado de la conferencia que la CPA no era permanente porque los tribunales tenían que establecerse nuevamente para cada caso nuevo, ni tampoco era un tribunal en absoluto, porque sus miembros eran diplomáticos en vez de jueces[88]. A raíz de las Conferencias de Paz, otros abogaron por tribunales más fuertes como herramientas de la comunidad internacional, y frecuentemente hicieron hincapié en la importancia del desarrollo judicial del derecho internacional. Sólo cuando el derecho internacional se enriqueciera con la práctica judicial sería posible contribuir adecuadamente al mantenimiento de la paz internacional. El arbitraje esporádico fue criticado como inadecuado para ese propósito. Para Hans Wehberg, un estudioso alemán vinculado a movimientos por la paz, la fórmula para la paz era clara: "¡Más desarrollo del derecho internacional a través de las decisiones internacionales!"[89]. En su raciocinio, compartido por otros, la función de generar y estabilizar las expectativas normativas estaba claramente articulada para los tribunales internacionales, y justificada por el objetivo de garantizar la paz[90]. Para los comentaristas en esta línea de pensamiento, la

84 "Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale", Session of the Hague, 1875. En: http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1875_haye_01_fr.pdf *Cfr.* Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, pp. 39-41.

85 Koskenniemi, *ibídem*, p. 41.

86 Efectivamente, el nuevo derecho internacional del mundo civilizado fue formado también por la explotación colonial y el imperialismo europeo.

87 *Cfr.* Martti Koskenniemi, "The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference", en Yves Daudet (ed.), *Topicality of the 1907 Hague Conference*, Nijhoff, Leiden, 2008, p. 127.

88 Scott, *op. cit.*; Ram Prakash Anand, *International Courts and Contemporary Conflicts*, Nueva York, Asia Publishing House, 1974, p. 33.

89 Hans Wehberg, *Das Problem eines internationalen Straatengerichtshofes*, Munich, Duncker & Humblot, 1912, p. 11.

90 Wehberg, *ibídem*; Manley O. Hudson, *Progress in International Organization*, Littleton, Rothman, 1981 p. 80; Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, Londres, Longmans Green, 1934, Ch. III.

creación de la CPJI marcó nada menos que "el advenimiento de una nueva era en la civilización mundial"[91]. Y, de manera complementaria al *ethos* dominante Estado-céntrico, la CPJI efectivamente actuaba, en ocasiones, como una institución comunitaria para contribuir al desarrollo dinámico del derecho internacional[92].

Tal perspectiva complementaria y competitiva también encuentra apoyo en la práctica de la CIJ y explica su designación como "la corte mundial"[93]. Al igual que la CPJI, la CIJ no sólo se presenta como un instrumento para la solución de controversias en manos de los Estados, sino también como un órgano del derecho internacional, casi una herramienta de la comunidad internacional[94]. Ya en el caso del *Canal de Corfú*, el tribunal también se vio a sí mismo en el papel "de garantizar el respeto del derecho internacional, del cual es un órgano"[95]. Es esta perspectiva orientada a la comunidad que explica mejor su postura en el caso relativo a las *Plataformas Petrolíferas*, donde finalmente carecía de jurisdicción, pero no dejó pasar la oportunidad de recordar y fomentar la motivación de su decisión en el caso *Nicaragua*[96]. Aquí, como en otros casos, las opiniones separadas y disidentes muestran cómo hay dos interpretaciones diferentes de tira y afloje en la Corte. Cuando se trata de su jurisdicción consultiva, el dictamen sobre *La Construcción del Muro* contrasta con su actitud en *Kosovo* e ilustra cómo la Corte contribuye al desarrollo del derecho internacional, sobre todo en su aspiración de asegurar la paz internacional y los derechos humanos[97]. En resumen, mientras que el entendimiento Estado-céntrico prevalece por lo general en la CIJ, en todo caso existen ciertos elementos que hablan a favor del entendimiento basado en la comunidad[98]. También Antônio Augusto Cançado Trindade

91 Nicolas Politis, *La justice internationale*, París, Hachette, 1924, p. 182. *Cfr.* Koskenniemi, *op. cit.*

92 Spiermann, *op. cit.*, p. 394.

93 Terry D. Gill, *Rosenne's The World Court*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2003; Jennings *supra* nota 1332, Mns 6 y 30; Georges Abi-Saab, "The International Court as a World Court", en Vaughan Lowe y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the ICJ*, p. 3. *Cfr.* www.icj-cij.org/jurisdiction/.

94 *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Merits, Judgment of 25 May 1925, PCIJ Series A, No. 7, p. 19

95 ICJ, *Corfu Channel Case* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland *vs.* Albania), Merits, Judgment of 25 March 1948, ICJ Reports 1948, p. 4, p. 35.

96 ICJ, *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran *vs.* United States of America), Judgment of 6 November 2003, ICJ Reports 2003, p. 161.

97 ICJ, *Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004, p. 136.

98 Edward McWhinney, "Judicial Settlement of Disputes: Jurisdiction and Justiciability", en *Recueil des Cours,* 1990, Vol. 221, 9, p. 191; Antônio A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Leiden, Nijhoff, 2010.

observó la práctica de la Corte como un órgano de la comunidad internacional en la obra titulada *Derecho internacional para la humanidad: hacia un nuevo* ius gentium[99]. Ahora, como miembro de la Corte, los dictámenes particulares de Cançado Trindade constantemente formulan esa visión en la práctica. La tradición del universalismo, como se desarrolló desde los últimos tiempos de la escolástica, está viva.

La visión unidimensional tradicional de la práctica judicial internacional fracasa claramente si se enmarca en las instituciones internacionales más jóvenes en el campo de los derechos humanos o del derecho penal internacional. Desde el principio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) debía actuar como una institución fuerte para asegurar el respeto de los derechos humanos en el continente[100]. En los primeros casos, los representantes estatales trataron de limitar el alcance de la Convención y del control judicial alegando, entre otras cosas, que un tratado internacional que impone limitaciones a la soberanía del Estado debe interpretarse de manera restrictiva[101]. Sin embargo, el TEDH desarrolló una fuerte línea de jurisprudencia que rechazó tales argumentos y subrayó el objetivo de la protección efectiva de los derechos. Se presenta la Convención como un "instrumento vivo", que necesita ser interpretado a la luz de los nuevos desarrollos[102] —un eufemismo para referirse a la función de creación del derecho—. En contraste directo con la opinión consultiva de la CIJ en el caso relativo a las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, el TEDH decidió, en 1995 que, si se permitieran las restricciones sustantivas o territoriales sobre la aplicabilidad de la Convención, esto "no sólo debilitaría gravemente la función de la Comisión y la Corte en el desempeño de sus funciones, sino que también disminuiría la eficacia de la Convención como un instrumento constitucional del orden público europeo"[103]. Como consecuencia de ello, el Estado demandado, que había hecho las reservas, estaría obligado por la Convención, sin el beneficio de las reservas; esto, en lugar de no estar vinculado en absoluto —que era la posición de la CIJ—. En el transcurso de su actividad, el TEDH ha desarrollado significativamente la

99 Antônio A. Cançado Trindade, *ibídem.*

100 Ed. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

101 Comisión Europea de Derechos Humanos, Golder *vs.* Reino Unido, Informe de la Comisión, 1 de junio de 1973, 4451/70, p. 12, parágrafo 15.

102 TEDH, Tyrer *vs.* Reino Unido, 25 de abril de 1978, A 26, parágrafo 31. *Cfr.* Rudolf Bernhardt, "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights", en *German Yearbook of International Law*, 1999, Vol. 42, 11.

103 TEDH, Loizidou *vs.* Turquía (Excepciones Preliminares), Sentencia de 23 de marzo de 1995, parágrafo 75.

Convención Europea y ha cubierto su texto con gruesas capas de significados. El propio Tribunal también ve claramente que su función es "aclarar, proteger y desarrollar las normas instituidas por la Convención"[104]. Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) presenta un panorama similar, y ésta se ha sumergido aún más profundo en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, forzando a los tribunales nacionales a participar en la revisión judicial de la legislación nacional respecto a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[105]. La Corte Interamericana ha afirmado decididamente todas las funciones, por ejemplo, con sus decisiones de gran importe sobre la imposibilidad de otorgar amnistías en casos de violaciones de derechos humanos[106].

Las instituciones judiciales en el ámbito del derecho penal internacional también se supone que deben proteger los valores fundamentales de la comunidad internacional, y poco o nada se entendería de esta función desde el enfoque unidimensional tradicional[107]. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) se encarga de procesar a los autores de crímenes internacionales, contribuyendo así a la restauración de la paz y la prevención de estos delitos en el futuro[108]. Se ha creado una obra extensa de jurisprudencia que ha desarrollado considerablemente el derecho penal procesal y material[109]. De importancia fundamental en el desarrollo del derecho ha sido la Sala de Apelaciones, que ha dotado a las decisiones anteriores con efectos de precedente. "[L]a necesidad de coherencia es especialmente aguda",

104 TEDH, Irlanda *vs*. Reino Unido, Sentencia de 18 de enero de 1978, Serie, A, No. 25, parágrafo 154.

105 Laurence Burgorgue-Larsen, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos entre clasicismo y creatividad", en Bogdandy, Landa Arroyo y Morales Antoniazzi, *op. cit.*, p. 311; Christina Binder, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12, 1203.

106 Corte IDH, Barrios Altos *vs*. Peru, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), Serie C, No. 75; Corte IDH, La Cantuta *vs.* Peru, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 162; Corte IDH, Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparacions y Costas), Serie C, No. 154.

107 Claus Kreß, "The International Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice," en Antonio Cassese (ed.), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 143.

108 UNSC Resolution 827, 1993.

109 Mia Swart, "Judicial Lawmaking at the Ad Hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and 'Adventurous Interpretation'", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 2010, Vol. 70, 459; Allison Marston Danner, "When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War", en *Vanderbilt Law Review,* 2006, Vol. 59, 1.

sostuvo, "donde las normas del derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional se están desarrollando"[110]. En la actualidad no hay casi ningún aspecto del derecho penal internacional que podría ser argumentado sin la jurisprudencia del TPIY. Aparte de eso, el tribunal ha influenciado la estructura del derecho internacional de manera más general, por ejemplo, cuando caracterizó la prohibición de la tortura como *jus cogens* y sostuvo que "[e]l principio general de respeto a la dignidad humana es el fundamento básico y, de hecho, la razón de ser del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos; de hecho en los tiempos modernos, ha sido de tal importancia que ha permeado todo el cuerpo del derecho internacional"[111]. Esto está a años luz de la opinión que formuló la CPJI en *Lotus*[112].

Los tribunales penales *ad hoc* alimentaron los esfuerzos para una institución permanente, hecha una realidad en 1998, cuando los representantes de los Estados aprobaron el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI). Para muchos comentaristas, la CPI es el epítome de una nueva área en el derecho internacional, en la cual los valores fundamentales de la comunidad internacional están ahora mejor protegidos[113]. Antonio Cassese argumenta que los crímenes internacionales son graves violaciones de los valores universales, un asunto que incumbe a toda la comunidad internacional y, como tal, mejor llevados ante un tribunal internacional[114]. El preámbulo del tribunal hace referencia a la "conciencia de la humanidad", afirma la jurisdicción sobre los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" y expresa la voluntad de "garantizar el respeto duradero y la aplicación de la justicia internacional".

Las decisiones del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) se ajustan, también, al segundo entendimiento. Su principal responsabilidad es la solución de controversias entre los Estados sobre la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM)[115]. Desde la perspectiva del paradigma de la comunidad, la CNUDM concibe el

110 Prosecutor *vs.* Aleksovski, IT-95-14/1-A, Judgment, 24 de marzo del 2000, parágrafo 113.

111 ICTY, Prosecutor *vs.* Anto Furundzija, IT-95-17/1-T, Judgment, 10 de diciembre de 1998, parágrafo 183.

112 ICTY, Prosecutor *vs.* Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995 (IT-94-1-AR 72), parágrafo 97.

113 Luigi Condorelli "La cour pénale internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli…)", 103 RGDIP 7(1999).

114 Antonio Cassese, "The Rationale for International Criminal Justice", en Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 127.

115 Art. 293(1) UNCLOS.

área más allá de la jurisdicción nacional y sus recursos como "patrimonio común de la humanidad", cuyo "exploración y explotación se realizarán en beneficio de toda la humanidad"[116]. La mayoría de los casos ante el TIDM hasta ahora han tratado de la pronta liberación de buques y de sus tripulaciones; en estos casos, el tribunal ordena la pronta liberación de buques contra la constitución de una fianza, porque los barcos han sido detenidos por los Estados costeros en la zonas económicas exclusivas de éstos, bajo la sospecha de actividad económica ilícita[117]. El TIDM controla aquí la autoridad pública interna y él mismo puede ejercer poder determinando lo que equivale a una fianza razonable, por ejemplo[118]. Si bien la práctica del TIDM da testimonio del segundo entendimiento básico, los casos de liberación de buques, así como la regulación de la actividad económica, sólo pueden estar vinculados a los valores fundamentales de la comunidad internacional de manera tenue. Estos casos son, más bien, parte del aumento de la regulación y gobernanza internacional en un mundo globalizado, y así apuntan hacia el tercer entendimiento básico.

Los tribunales internacionales como instituciones de regímenes jurídicos

Tercero, algunos tribunales internacionales de importancia creciente pueden entenderse, básicamente, como instituciones de los regímenes jurídicos específicos en cuyo nombre actúan. Este paradigma se interesa mucho más que los otros dos por las transformaciones que resultan de la globalización económica. Muchos tribunales e instituciones internacionales, especialmente los más recientes, van hoy en día más allá de la coordinación entre los Estados o la protección de los valores fundamentales de la comunidad internacional. Estos tribunales forman parte de los regímenes jurídicos que han crecido con el aumento de la interdependencia y los procesos de globalización[119].

Mientras que la interdependencia y la interacción en principio no son nada nuevo[120], la globalización económica desde la década de 1960, las

116 Preámbulo y artículos 136-149 UNCLOS.

117 Artículos 73 y 292 UNCLOS.

118 Véase, por ejemplo, *The "Juno Trader" Case* (Saint Vincent and the Grenadines *vs.* Guinea-Bissau), Prompt Release, 18 de diciembre del 2004, parágrafos 76-77.

119 Véase: Robert Keohane y Joseph Nye, *International Relations Theory: Power and Interdependence*, Nueva York, 2000.

120 Ronald Findle y Kevin H. O'Rourke, *Power and Plenty*, Princeton University Press, Princeton, 2007.

mejoras en la tecnología del transporte y de la información, la difusión de las cadenas de producción por todo el mundo, la movilidad del capital y la gradual, aunque no constante, liberalización del acceso al mercado, han contribuido a un escenario en el que los Estados y los participantes del mercado están necesitados de regulación internacional[121]. De acuerdo con este tercer entendimiento básico, el emblemático caso *Lotus* y su visión sobre la práctica judicial internacional no es inadecuada porque la voluntad de los Estados quizás haya llegado a ser completada con los valores de la comunidad internacional, sino porque los Estados simplemente ya no pueden, y tal vez jamás podrán, ser plausiblemente vistos como "una comunidad autónoma co-existente"[122]. Las comunidades nacionales existen en gran medida en simbiosis y en dependencia mutua. Eso no quiere decir que los conflictos internacionales sean hoy imposibles, sin embargo, sí significa que los Estados no son entidades independientes. El aumento de la interacción entre los sectores de la sociedad a través de fronteras estatales porosas ha socavado las premisas de un orden mundial Estado-céntrico, y ha superado el enfoque restringido a los valores comunes fundamentales. El mundo globalizado es mucho más complejo y, como cualquier sistema complejo, exige instituciones que hagan mucho más que solucionar controversias esporádicas, proteger los derechos fundamentales o enjuiciar los delitos más graves. Las instituciones de gobernanza global satisfacen esas necesidades en la actualidad, sin reproducir las estructuras nacionales de gobierno[123]. En cambio, corre por cuenta de las redes reguladoras, las burocracias internacionales o las instituciones judiciales internacionales el participar en la creación del derecho, en la estabilización de las expectativas normativas, y también en el control y la legitimación de la autoridad pública. En la ausencia de una comunidad política global, las instituciones internacionales tienden a perpetuar procesos de diferenciación social y son parte de procesos de fragmentación. Los regímenes jurídicos divergen y desarrollan sus propias visiones sobre el mundo[124].

El derecho internacional económico proporciona un buen ejemplo. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947

121 Joseph H.H. Weiler, "The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 2004, Vol. 64, 547.

122 Véase: Caso S. S. Lotus, *op cit*.

123 James N. Rosenau y Ernst-Otto Czempiel (eds.), *Governance Without Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

124 Andreas Fischer-Lescano y Gunther Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", en *Michigan Journal of International Law*, 2004, Vol. 25, p. 999.

obligaba a las partes contratantes a concentrar las medidas comerciales a los aranceles y negociar gradualmente reducciones arancelarias con el fin de facilitar el acceso al mercado y para impulsar el comercio internacional. Cabe destacar que ni el GATT ni el Acuerdo de 1994, que estableció la OMC, mencionan los grandes temas de la paz y protección de los derechos humanos, que forman el núcleo del proyecto jurídico internacional de la CNU después de la Segunda Guerra Mundial. Su enfoque se basa, más bien, en la liberalización del comercio y en los objetivos económicos. En este orden de ideas, los paneles establecidos en el GATT para tratar las disputas comerciales, argumentaron en gran medida de acuerdo con la perspectiva funcional arraigada en este régimen jurídico. En una serie de casos críticos en la década de los noventa, los paneles trataron de defenderse de cualquier interferencia de perspectivas externas y limitaron seriamente las posibilidades de las partes contratantes para justificar las restricciones al comercio —por ejemplo, en la forma de condiciones de acceso al mercado que se enlazaran con objetivos de política pública como la protección ambiental—[125]. Sólo el nuevo Órgano de Apelación establecido junto con la OMC redirigió la argumentación al sostener que el GATT no debe leerse "en aislamiento clínico del derecho internacional público"[126]. El Órgano de Apelación, en principio, se abrió a perspectivas opuestas[127], pero los sesgos en las líneas funcionales de régimen jurídico posiblemente permanezcan.

Nominalmente, tanto los paneles como el Órgano de Apelación adoptan "informes" que no tienen fuerza vinculante, a menos que sean adoptados por la plenaria del Órgano de Solución de Diferencias[128]. Según nuestro entendimiento, estas instituciones son calificadas como tribunales, debido a que sus informes se adoptan casi automáticamente —se adoptan a menos que sean rechazados por consenso— y muestran tal continuidad y densidad discursiva que pueden ser llamadas "permanentes". El apoyo constante de la Secretaría de la OMC con su división legal alimenta aún más la

125 Robert Howse, "From Politics to Technocracy - and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime", *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96; Joseph H. H. Weiler, "The Rule of Law and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement", *American Review of International Arbitration*, 2002, Vol. 13; Weiler, "Ethos"; *Cfr.* Ingo Venzke, "Making General Exceptions: The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12, p. 1111.

126 OMC, Appellate Body Report, *US–Gasoline*, WT/DS2/AB/R, abril 29 de 1996, p. 17.

127 Hélène Ruiz Fabri, "About the Sense and Direction of Multilateralism in International Trade Law", en Holger Hestermeyer, *et al.* (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, Liber amicorum Rüdiger Wolfrum, Leiden, Nijhoff, 2012, pp. 281-302.

128 Arts. 16(4) y 17(14) ESD.

construcción de un cuerpo de jurisprudencia, y lo mismo ocurre con el principio de colegialidad, según el cual, los miembros del Órgano de Apelación a quienes se les asigna un caso consultan el mismo con aquellos que no han sido asignados a éste. Además, la jurisdicción es obligatoria.

El diseño institucional y la línea de precedentes en el discurso jurídico, respaldados por la práctica judicial, han creado un cuerpo extenso de jurisprudencia. El Órgano de Apelación explícitamente ha obligado a los paneles especiales a seguir sus decisiones, a fin de permitir "el buen funcionamiento del sistema de solución de controversias de la OMC"[129]. La estabilización y el desarrollo de las expectativas normativas está claramente en el horizonte de los árbitros. Y así también la función de controlar la autoridad nacional a través del control judicial, cuando los árbitros analizan la legislación nacional y las medidas administrativas haciendo referencia a una red detallada de regulación internacional. Richard Stewart lo resume diciendo: "el sistema de solución de controversias [adopta] la carga principal de actualizar las disciplinas comerciales de la OMC y determina su relación con las normas no comerciales [...] Estas circunstancias [...] también han ayudado a impulsar el proceso de solución de controversias de un sistema puramente bilateral y recíproco de solución de controversias episódicas hacia un sistema multilateral de carácter normativo [...] [E]l sistema de solución de controversias ha asumido un carácter regulatorio e incluso un carácter administrativo incipiente"[130].

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es otro ejemplo importante de la función judicial en el contexto de un régimen específico. El CIADI puede ser leído también desde el entendimiento que ve a los tribunales como instituciones de regímenes jurídicos específicos en un mundo globalizado, de forma similar a lo que ocurre en el derecho internacional económico. Como parte del régimen del derecho de inversiones, el CIADI actúa principalmente como una instancia en la que los inversionistas hacen cumplir las obligaciones de protección de su inversión en contra de los Estados anfitriones. Su creación lo dice todo. Se remonta a la agenda política del entonces asesor jurídico del Banco Mundial Aron Broches, quien, confrontado con las fallidas negociaciones internacionales

129 OMC, Appellate Body Report, *US–Stainless Steel (Mexico)*, WT/DS344/AB/R, abril 30 del 2008, parágrafo 162.

130 Richard B. Stewart y Michelle R. Sanchez-Badin, "The World Trade Organization and Global Administrative Law", en Christian Joerges y Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Oxford, Hart, 2011, p. 467.

sobre el derecho material aplicable en la década de 1960, adelantó la fórmula programática de "procedimiento antes que sustancia"[131]. En ese momento, los representantes de los Estados no encontraron un acuerdo sobre muchos asuntos sustanciales, tales como las medidas equivalentes a expropiación, el estándar de trato justo y equitativo, o cómo la compensación debe ser determinada. En vista de ese desacuerdo persistente, el proceso de decisión judicial debería desarrollar el derecho. Y así lo hizo. Los tribunales de inversión desarrollaron un derecho profundamente imbuido en la lógica funcional que impregnaba el régimen de protección de inversiones[132]. La práctica judicial en este campo sigue siendo justificada, ya sea con el consentimiento de las partes y, cuando lo anterior se vuelve cada vez menos plausible, por el objetivo funcional de contribuir al desarrollo económico del Estado anfitrión[133].

De cierta forma, el arbitraje de inversión es un caso poco apropiado para que la función judicial muestre su contribución a un conjunto general más amplio, distinto a la simple solución de diferencias esporádicas. Los tribunales no sólo son integrados *ad hoc*, sino también operan sobre la base de unos 2500 tratados bilaterales de inversión, que no siempre hablan el mismo idioma. Sin embargo, la práctica judicial, de todas formas, ha desarrollado un sistema de derecho de inversiones[134]. Los tribunales han participado en la actividad de creación del derecho, y revisan las medidas nacionales respecto de las normas internacionales que han ayudado a formar. Si bien la práctica no es uniforme, un *ethos* se desarolla en el sentido de lo expresado por un tribunal al considerar que el tribunal "tiene el deber de tratar de contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversiones y con ello responder a las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversionistas de contar con la seguridad del Estado de Derecho"[135]. Cada vez más tribunales ven la necesidad de relacionar su práctica a las decisiones anteriores, y las decisiones contradictorias son generalmente percibidas como un problema de legitimidad del sistema. Mientras el sistema carece de un mecanismo

131 Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 18.

132 José Alvarez y Kathryn Khamsi, "The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime", en *Yearbook of International Investment Law & Policy*, 2009, p. 379.

133 Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, p. 149.

134 Stephan W. Schill, "System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking", en *German Law Journal*, 2011, Vol. 12, p. 1083.

135 *Saipem S.p.A.* vs. *The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, junio 30 del 2009, parágrafo 80.

de apelación y sólo cuenta con un procedimiento de anulación que es limitado en su alcance, la expansión de lo que realmente hacen los comités de anulación, que terminan casi participando en una revisión directa por vía de apelación, puede ser entendida como una reacción a los déficits de legitimidad de los laudos arbitrales incoherentes y poco razonados[136].

Las instituciones de solución de controversias de la OMC, así como los tribunales del CIADI, desafían la doctrina general, y dada la importancia económica, social y política de muchas de sus decisiones, resulta cada vez más difícil justificar que el énfasis de la doctrina general siga siendo las decisiones de la CIJ. Esta doctrina arriesga perder su función misma[137].

Perspectivas: cómo un análisis funcional resalta las cuestiones normativas

Los tribunales internacionales de hoy deben ser estudiados desde una perspectiva multifuncional. Como hemos mencionado anteriormente, no todos los tribunales realizan todas las funciones en todo momento. La CIJ, en virtud de la debilidad de su base jurisdiccional, su amplio enfoque y su comunidad global, ciertamente difiere del TEDH o del Órgano de Apelación. De hecho, el enfoque multifuncional ayuda a entender mejor las diferencias entre las distintas instituciones judiciales internacionales.

Cabe aclarar que la secuencia de los tres entendimientos básicos no debe ser vista como una cronología progresiva o una proyección, ya que cada visión tiene serias dificultades a la hora de dar una explicación satisfactoria sobre la fuente de legitimidad de la función judicial contemporánea. En el primer paradigma, los tribunales no son más que instrumentos en manos de las partes, justificados sobre la base del consentimiento dado por los Estados a las normas que los obligan y al procedimiento judicial específico. Sin embargo, el alcance de esta base consensual puede ser cuestionado a la luz de un análisis multifuncional de la práctica judicial, que muestra la forma en que la decisión judicial va más allá de la controversia concreta, sobre todo

136 Véase: Ingo Venzke, "Antinomies and Change in International Dispute Settlement: An Exercise in Comparative Procedural Law", en Rüdiger Wolfrum e Ina Gätzschmann (eds.), *International Dispute Settlement*, Heidelberg, Springer, 2012, *próximo*.

137 Este punto ha sido desarrollado por Eberhard Schmidt-Aßmann con respecto a la legislación administrativa general en Alemania, que, al estar centrada en los campos tradicionales como la ley de policía, derecho de construcción o el gobierno local, dejaron avances importantes (como derecho ambiental, regulaciones o urbanismo) a un lado y arriesgaron ser irrelevantes.

en virtud de su impacto en el discurso jurídico general. El segundo entendimiento es más abierto a una visión multifuncional, y complementa el consentimiento del Estado, como la fuente de legitimidad, con los intereses y valores de la comunidad internacional. Pero la referencia a los intereses comunes fundamentales también es demasiado estrecha y demasiado vaga como para justificar plenamente la práctica actual de las decisiones judiciales en un mundo globalizado. En el marco del tercer paradigma, que ve los tribunales internacionales como instituciones pertenecientes a regímenes jurídicos específicos, los tribunales pueden ser propensos al sesgo y su fuente de legitimidad sigue siendo irresoluta[138]. Por último, ninguno de estos entendimientos concibe a los tribunales internacionales como actores, sino que los reducen a la voluntad de las partes, los intereses de la comunidad o a los agentes de los regímenes jurídicos.

El análisis multifuncional hace más clara la urgencia de las cuestiones normativas: cómo legitimar la autoridad pública de los tribunales internacionales de manera tal que la misma no se vea limitada al consentimiento de los Estados, ni a la búsqueda efectiva de objetivos globales, vagos valores de la comunidad, o los intereses de un régimen específico. El desarrollo de la doctrina general, y el desarrollo de entendimientos básicos respecto de los tribunales internacionales, tienen que ir de la mano con la investigación teórica sobre sus fuentes de legitimidad. Con la presente colaboración se ha tratado de dar un paso en esa dirección, mediante la presentación de los tribunales internacionales como actores multifuncionales.

Bibliografía

Abyei (Government of Sudan and The Sudan People's Liberation Movement/Army), Award of 22 July 2009.

Alain Pellet, "Article 38", en A. Zimmermann, C. Tomuschat y K. Oellers-Frahm (eds.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Allison Marston Danner, "When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War", en *Vanderbilt Law Review,* 2006, Vol. 59, 1.

138 Martti Koskenniemi, "Global Governance and Public International Law", en *Kritische Justiz,* 2004, pp. 37, 241; Michael Barnett & Martha Finnemore, "The Power of Liberal International Organizations", en Michael Barnett & Raymond Duvall (eds.), *Power in Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 163.

André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Andreas Fischer-Lescano y Gunther Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", en *Michigan Journal of International* Law, 2004, Vol. 25.

Antônio A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Leiden, Nijhoff, 2010.

Antonio Cassese, "The Rationale for International Criminal Justice", en Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Antonios Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council*, Milan, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Armin Höland, "Wie wirkt Rechtsprechung?", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie,* 2009, Vol. 30.

Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", Special Issue, en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12.

Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, "In Whose Name? International Courts' Public Authority and its Democratic Justification", en *European Journal of Internationl Law,* 2012, Vol. 23.

Armin von Bogdandy, Philipp Dann y Matthias Goldmann, "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", en *German Law Journal,* 2008, Vol. 9.

Barnett y Duvall, "Power in Global Governance", en M. Barnett y R. Dyvall (eds.), *Power in Global Governance*, 2005.

Benedict Kingsbury, "International Courts: Uneven Judicialization in Global Order", en James Crawford y Martti Koskenniemi (eds.), *Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment of 25 May 1925, PCIJ Series A, No. 7.

Cesare Romano, "A Taxonomy of International Rule of Law Institutions", en *Journal of International Dispute Settlement,* 2011, Vol. 2.

C.G. Weeramantry, "The Function of the International Court of Justice in the Development of International Law", en *LJIL,* 1997, Vol. 10.

Christian Tomuschat, "International Courts and Tribunals", en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max-Planck-Encyclopedia of Public International Law,* Oxford, Oxford University Press, 2008.

Christina Binder, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12.

Claus Kreß, "The International Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice," en Antonio Cassese (ed.), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Constanze Schulte, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, 2005.

Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros* vs. *Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 26 September 2006, Series C, No. 154.

__ *Barrios Altos* vs. *Perú,* Merits, Judgment of 14 March 2001, Series C, No. 75.

__ *La Cantuta* vs. *Perú,* Merits, Reparations and Costs, Judgment of 29 November 2006, Series C, No. 162.

David D. Caron, "War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference", en *AJIL*, 2000, Vol. 94.

Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Edward McWhinney, "Judicial Settlement of Disputes: Jurisdiction and Justiciability", en *Recueil des Cours,* 1990, Vol. 221.

Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, Hart, 2004.

European Convention on Human Rights, art. 46 (2) 78 UNTS 277.

Eyal Benvenisti y George W. Downs, "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law", en *EJIL*, 2009, Vol. 20.

Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929 PCIJ Series A, No. 22.

Friedrich Müller, "Richterrecht - rechtstheoretisch formuliert", en *Richterliche Rechtsfortbildung,* Fs Heidelberg, 1986.

George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

Georges Abi-Saab, "Cours général de droit international public", en *Recueil des Cours,* 1987, Vol. 207.

__ "The International Court as a World Court", en Voughan Lowe y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the ICJ*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

Golder vs. *United Kingdom*, Bericht der Kommission, junio 1 de 1973, 4451/70, S.12.

Grainne de Burca y Joseph H.H. Weiler (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

H. Jacob, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, Yale University Press, 1996.

Hans Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944.

Hélène Ruiz Fabri, "Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce", en Hélène Ruiz Fabri (ed.), *L' effectivité des organisations internationales*, París, Pedone, 2000.

Helmuth Steinberger, *The International Court of Justice*, Berlín, Springer, 1974.

Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, Londres, Longmans Green, 1934.

Holger Hestermeyer, *et al.* (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, Liber amicorum Rüdiger Wolfrum, Leiden, Nijhoff, 2012.

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

ICJ, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Judge Simma.

__ *Case of the Monetary Gold removed from Rome in 1943* (Italy *vs.* France, United Kingdom and United States of America), Preliminary Question, Judgment of 15 June 1954, ICJ Reports 1954.

__ *Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004.

__ *Corfu Channel Case* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland *vs.* Albania), Merits, Judgment of 25 March 1948, ICJ Reports 1948.

__ *East Timor* (Portugal *vs.* Australia), Judgment of 30 June 1995, ICJ Reports 1995.

__ *Gabcíkovo-Nagymaros Project* (Hungary *vs.* Slovakia), Judgment of 25 September 1997, ICJ Reports 1997.

__ *LaGrand* (Germany *vs.* United States of America), Provisional Measures (1999), Order of 3 March 1999, ICJ Reports 1999.

__ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, Separate Opinion of Judge Guillaume, ICJ Reports 1996.

__ *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua* (Nicaragua *vs.* United States of America), Merits, Judgment of 27 June (1986), ICJ Reports 1986.

__ *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany *vs.* Denmark and Netherlands), Judgment of 20 February (1969), ICJ Reports 1969.

__ *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran *vs.* United States of America), Judgment of 6 November 2003, ICJ Reports 2003.

__ *Reservations to the Convention on Genocide,* Advisory Opinion of 28 April 1951, ICJ Reports 1951.

ICTY, *Prosecutor* vs. *Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, Judgment, diciembre 10 de 1998.

__ *Prosecutor* vs. *Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995 (IT-94-1-AR 72).

__ *Prosecutor* vs. *Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995 (IT-94-1-AR 72).

__ *Prosecutor* vs. *Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995 (IT-94-1-AR 72).

Ingo Venzke, "The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review,* 2012, Vol. 34.

__ "Antinomies and Change in International Dispute Settlement: An Exercise in Comparative Procedural Law, en *Rüdiger Wolfrum e Ina Gätzschmann* (eds.), *International Dispute Settlement*, Heidelberg, Springer, 2012.

__ "Making General Exceptions: The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12, 1111.

__ *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists,* OUP, 2012.

Ireland vs. *United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series, A, No. 25.

Island of Palmas Case (Netherlands *vs.* United States of America), *Award of 4 April 1928,* 2 Reports of International Arbitral Awards 829, 1928.

Jackson H. Ralston, *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford, Stanford University Press, 1929.

James B. Scott, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Baltimore, Garland, 1999.

James N. Rosenau y Ernst-Otto Czempiel (eds.), *Governance Without Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

Joel P. Trachtman, "The Domain of WTO Dispute Resolution", en *Harv. Int'l L. J.,* 1999, Vol. 40.

John Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

José Alvarez y Kathryn Khamsi, "The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime", en *Yearbook of International Investment Law & Policy,* 2009.

José Alvarez, "Rush to Closure: Lessons of the Tadic Judgment", en *Michigan Law Review*, 1998, Vol. 96.

Joseph H.H. Weiler, "The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 2004, Vol. 64.

Julius Goebel, *The Equality of States*, Nueva York, Columbia University Press, 1925.

Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996.

Karl Doehring, *Völkerrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2004.

K.F. Röhl, *Rechtssoziologie*, Heymann, 1987.

L. Friedman, "Trial Courts and their Work in the Modern World", en L.M. Friedman and M. Rehbinder (eds.), *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*, Opladen, 1976.

Laurence Helfer y Anne-Marie Slaughter, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", en *Yale Law Journal,* 1997-1998, Vol. 107.

Loizidou vs. *Turkey* (Preliminary Objections), Judgment of 23 March 1995.

Lord Reid, *The Judge as Law Maker*, *Journal of the Society of Public Teachers of Law,* 1972, Vol. 12, 22.

Louis B. Sohn, "International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present", en Alfred H. Soons (ed.), *International Arbitration*, Dordrecht, Nijhoff, 1990.

Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

Manley O. Hudson, *Progress in International Organization*, Littleton, Rothman, 1981.

Martti Koskenniemi, "Global Governance and Public International Law", en *Kritische Justiz,* 2004.

Mia Swart, "Judicial Lawmaking at the Ad Hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and 'Adventurous Interpretation'", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 2010, Vol. 70.

Michael Barnett & Martha Finnemore, "The Power of Liberal International Organizations", en Michael Barnett & Raymond Duvall (eds.), *Power in Global Governance*, Cambridge, 2005.

Michael Ioannidis, "A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12, 1175.

Mosler y Oellers-Frahm, "Article 94", en Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2002.

Nicolas Politis, *La justice internationale*, París, Hachette, 1924.

Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995.

Ole Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

OMC, Appellate Body Report, *Japan–Alcoholic Beverages (II)*, WT/DS 8, 10 y 11/AB/R, octubre 4 de 1996.

__ Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, octubre 12 de 1998.

__ Appellate Body Report, *US–Gasoline*, WT/DS2/AB/R, abril 29 de 1996.

__ Appellate Body Report, *US–Stainless Steel (Mexico)*, WT/DS344/AB/R, abril 30 del 2008.

__ Appellate Body, *EC - Bananas III*, WT/DS27/AB/R, septiembre 9 de 1997.

__ Appellate Body, *Japan–Alcoholic Beverages (II)*, WT/DS8/AB/R, Report of 4 October 1996.

Patrick Daillier, Mathias Forteau y Allain Pellet, *Droit International Public*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2009.

Petros C. Mavroidis, "Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing", en Armin von Bogdandy, Yves Mény & Petros C. Mavroidis (eds.), *European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, 2002.

Pía Carazo Ortiz, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica", en Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), ¿Integración suramericana a través del Derecho?, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

Pierre-Marie Dupuy y Yann Kerbrat, *Droit International Public*, París, Dalloz, 2010.

Pierre-Marie Dupuy, "Article 34", en Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat & Karin Oellers-Frahm (eds.), *Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2006.

R. Bender, "Funktionswandel der Gerichte", en *Zeitschrift für Rechtspolitik,* 1974.

R. Cotterrell, *The Sociology of Law*, Londres, Butterworths, 1984.

Ralph Christensen & Michael Sokolowski, "Recht als Einsatz im Semantischen Kampf", en Ekkehard Felder (ed.), *Semantische Kämpfe. Macht und Sprache in den Wissenschaften,* 2006.

Ram Prakash Anand, *International Courts and Contemporary Conflicts*, Nueva York, Asia Publishing House, 1974.

Richard B. Stewart y Michelle R. Sanchez-Badin, "The World Trade Organization and Global Administrative Law", en Christian Joerges y Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Oxford, Hart, 2011.

Robert Howse, "Membership and its Privileges: the WTO, Civil Society, and the Amicus Brief Controversy", en *European Law Journal,* 2003, Vol. 9.

Robert Keohane y Joseph Nye, *International Relations Theory: Power and Interdependence*, Nueva York, 2000.

Robert M. Cover, "Violence and the Word", en *Yale L. J,* 1986, Vol. 95.

Robert Y. Jennings, "General Introduction", en Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat y Karin Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Romak (Romak S.A. *vs.* Uzbekistán), PCA Caso No. AA 280, UNCITRAL Award of 26 November 2009.

Ronald Findle y Kevin H. O'Rourke, *Power and Plenty*, Princeton University Press, Princeton, 2007.

Rüdiger Wolfrum, *Intervention in the Proceedings before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, en Volkmar Götz, Peter Selmer y Rüdiger Wolfrum (eds.), *Liber amicorum Günther Jaenicke - zum 85. Geburtstag*, 1998.

Rudolf Bernhardt, "Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights", en *German Yearbook of International Law,* 1999, Vol. 42.

Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Sabino Cassese, "Global Standards for National Administrative Procedure", en *Law and Contemporary Problems*, 2005, Vol. 68, 109.

Saipem S.P.A. vs. *The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Caso No. ARB/05/7, Award, junio 30 del 2009.

South Pacific Co. vs. *Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (J. Holmes, *dissenting*).

Stephan W. Schill, "System-Building in Investment Treaty Arbitration and Law-making", en *German Law Journal,* 2011, Vol. 12, 1083.

Ted L. Stein, "Jurisprudence and Jurists' Prudence: The Iranian-Forum Clause Decisions of the Iran-U.S. Claims Tribunal", en *American Journal of International Law*, 1984, Vol. 78.

Terry D. Gill, *Rosenne*'s *The World Court*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2003.

The "Juno Trader" Case (Saint Vincent and the Grenadines *vs.* Guinea-Bissau), Prompt Release, diciembre 18 del 2004.

The Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey), Judgment of 7 July 1927, PCIJ Series A, No. 10.

Thucydides, *The History of the Peloponnesian War*, Londres, Dent, 1910.

Tyrer vs. *United Kingdom*, abril 25 de 1978, A 26.

Vaughan Lowe, "The Function of Litigation in International Society", en *International and Comparative Law Quarterly,* 2012, Vol. 41.

William Burke-White, "The Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia-Herzegovina", en *Colum. J. Transnat'l L.*, 2007-2008, Vol. 46.

Yuval Shany, "No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary", en *EJIL*, 2009, Vol. 20.

CAPÍTULO 17

Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno

Alejandro Ramelli

Introducción

Los estudios científicos de las relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno se centraron a comienzos del siglo XX en una ardua polémica entre defensores de un esquema monista, con sus diversas vertientes, y uno dualista[1]. Para los primeros, se trataba de un único ordenamiento jurídico y, por ende, el problema se desplazaba a determinar cuál primaba sobre el otro; los segundos alegaron siempre que debido a su disparidad de fuentes de producción normativa, a la existencia de marcadas diferencias entre la sociedad internacional y la estatal y, por supuesto, a que los sujetos regulados por ambos ordenamientos jurídicos eran distintos, la norma internacional, para poder ser invocada por los operadores jurídicos nacionales, debía ser previamente transformada en derecho interno[2].

En la actualidad, este debate teórico ha perdido cierta vigencia y los análisis se han concentrado, en esencia, en los siguientes tópicos: (i) el estudio del diálogo constante que se presenta entre los jueces internos y los internacionales, y entre estos últimos, en especial en materia de violaciones graves a los derechos humanos, comunicación que constituye una importante manifestación del fenómeno de la globalización de la justicia; (ii) los problemas

1 Allan Pellet y Patrick Daillier, *Droit International Public*, París, L.G.D.J., 2005, p. 125.

2 Alejandro Ramelli, "Los derechos fundamentales de las víctimas de las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y sus repercusiones en el constitucionalismo colombiano", en V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 156 y ss.

que presenta la ejecución interna de decisiones adoptadas por organismos internacionales; (iii) la existencia de instrumentos normativos internos que faciliten la cooperación con la justicia penal internacional; (iv) el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional; (v) la interpretación y la aplicación de normas internacionales de derechos humanos por jueces internos; (vi) la ampliación, en el derecho interno, del espectro de responsabilidad penal del individuo debido a la incorporación en el sistema jurídico nacional de prohibiciones internacionales; y (vii) las dificultades que plantea la puesta en marcha de nuevos controles internacionales sobre la actividad normativa de los Estados (el llamado "control de convencionalidad")[3].

Así, pues, el objetivo del presente capítulo consiste en aportar algunos insumos teóricos que permitan comprender y alimentar tales discusiones. De allí que iniciaré por examinar el tema de la paradoja que gobierna la aplicación del principio de supremacía del derecho internacional sobre el interno. Seguidamente, analizaré lo correspondiente a las diversas vías de incorporación de las normas internacionales en los ordenamientos jurídicos estatales, y, finalmente, los diversos efectos prácticos que comporta su aplicación.

La paradoja del principio de supremacía del derecho internacional

La paradoja del principio de supremacía del derecho internacional sobre el interno implica que el orden internacional se encuentra plenamente garantizado, lo cual significa que cualquier operador jurídico internacional, sea de naturaleza judicial o no, siempre ubicará a la norma internacional, sea convencional, consuetudinaria o principio general del derecho, sobre la interna; de hecho, aquella le resulta inoponible. Así, pues, al momento de resolver un caso concreto, por ejemplo, referido a la violación de un tratado sobre derechos humanos, la instancia internacional no tomará en cuenta si la autoridad interna ajustó su conducta a su respectivo ordenamiento jurídico, lo cual resulta irrelevante, sino si lo hizo a lo prescrito en el instrumento internacional.

Sin embargo, en el orden interno, la vigencia del principio de supremacía del derecho internacional dependerá del lugar que ocupe el orden

3 Oswaldo Ruiz-Quiriboga, "The Conventionality Control: Examples of (un) Successful Experiences in Latin America", en *Inter-American and European Human Rights Journal,* 2010, Vol. 3, pp. 3 y ss.

internacional en el respectivo sistema de fuentes estatal. De allí que sea posible encontrar, en el derecho comparado, los siguientes paradigmas: (i) supraconstitucionalidad; (ii) constitucionalidad; (iii) supralegalidad; y (iv) legalidad.

Un principio plenamente garantizado en el orden internacional

El principio de supremacía del derecho internacional sobre el interno constituye una condición *sine qua non* de su existencia. En efecto, si las normas internacionales no prevalecieran sobre las internas, la legalidad internacional resultaría exceptuada o inaplicada a voluntad de cada Estado.

La consagración positiva del mencionado principio se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: "27. EL DERECHO INTERNO Y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

Ahora bien, lo cierto es que mucho antes de la adopción del citado tratado internacional, ya los árbitros internacionales venían aplicando el principio de supremacía del derecho internacional sobre el interno. Así, por ejemplo, en la sentencia arbitral del *Caso Montijo*, en el cual los Estados Unidos solicitaba el reconocimiento y pago de unos daños ocasionados a sus nacionales en el entonces Estado soberano de Panamá, el Tribunal desechó la argumentación colombiana, soportada sobre la estructura constitucional federal vigente a la sazón, por cuanto: "Un tratado es superior a la Constitución. La legislación de la República debe adaptarse al tratado, no el tratado a la ley"[4].

En el mismo sentido, en el *Caso Georges Pinson*, referente a la oposición existente entre la Constitución mexicana y un tratado franco-mexicano referido al otorgamiento de la nacionalidad, el Tribunal Arbitral Mixto afirmó lo siguiente: "Resulta incuestionable que el derecho internacional es superior al derecho interno […] las disposiciones nacionales cuentan con un cierto valor ante los tribunales internacionales, pero no las vinculan"[5].

4 Tribunal de Arbitramento, Estados Unidos *vs.* Colombia, *Caso Montijo*, julio 26 de 1875, R.A.I., Tomo III, p. 663.

5 Tribunal Arbitral Mixto Franco-Mexicano, Francia *vs.* México, *Caso Georges Pinson*, R.S.A., 1928.

Aunado a lo anterior, existe una abundante jurisprudencia internacional referida a la aplicación prevalente de las disposiciones internacionales sobre las internas[6], iniciando por la elaborada por la Corte Permanente de Justicia Internacional, pasando por aquella de la Corte Internacional de Justicia, al igual que los Tribunales Internacionales sobre Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos prácticos que comporta la aplicación del principio de supremacía del derecho internacional por parte de instancias supranacionales? En esencia, los siguientes: (i) al momento de resolver un caso concreto, en caso de existir una contradicción entre una disposición de derecho interno, bien sea de rango constitucional o legal, y una internacional, esta última se aplicará de preferencia; y (ii) en el contexto del control de convencionalidad, de llegar a presentarse una oposición entre una norma interna y una internacional, el juez internacional podrá, o bien ordenar la derogatoria o modificación de aquella, o, incluso, declararla sin efectos jurídicos

El carácter prevalente de la norma internacional sobre la interna: la inoponibilidad

Los jueces internacionales están llamados a determinar, en numerosas ocasiones, si un Estado ha violado una obligación contenida en una disposición convencional, comprometiendo de esta forma su responsabilidad internacional. En tales situaciones, el juez deberá examinar la conducta activa u omisiva del Estado, a la luz de la legalidad internacional, con prescindencia de su acatamiento del orden jurídico interno. Así, por ejemplo, si un tratado internacional obliga a los contratantes a hacer algo, un Estado parte no puede incumplirlo, alegando el acatamiento de su legislación interna[7]. De igual manera, un Estado no puede argumentar que las violaciones a las garantías procesales que llevó a cabo, instrumentalizadas mediante decretos de estado de excepción, se encuentran amparadas en su Constitución. En este evento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) examinará la conducta del Estado a la luz del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH) siendo inoponibles las normas constitucionales invocadas por el demandado[8].

6 Dominique Carreau, *Droit International*, París, Pedone, 1994, pp. 42 y ss.

7 *Affaire de la Haute- Silésie polonaise*, CPJI, 1926, Serie A, p. 19.

8 Corte IDH, Loayza Tamayo *vs.* Perú, fondo, septiembre 17 de 1997, Serie C No. 21.

Así mismo, los jueces internacionales han construido conceptos, sustanciales y procesales, que aplican con prescindencia de las regulaciones internas. Al respecto, por ejemplo, encontramos las nociones de víctima, plazo razonable, juez imparcial e independiente, y otros muchos conceptos jurídicos autónomos[9], los cuales aplica el juez internacional de preferencia a la forma como puedan llegar a entenderse por un determinado ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, en lo que concierne al ámbito sustancial, el principio de supremacía del derecho internacional sobre el interno comporta que, en materia de responsabilidad internacional del Estado, lo atinente a la extensión, modalidades, beneficiarios y prueba de aquella, no se base en ordenamiento jurídico interno alguno. De tal suerte que, por ejemplo, determinados daños que no son indemnizables ante la justicia contencioso administrativa colombiana, sí lo sean internacionalmente; que determinadas personas puedan ser consideradas víctimas o que la prueba del daño resulte ser más flexible.

A su vez, en el ámbito procesal, la aplicación del mencionado principio conlleva a que los jueces internacionales funden con frecuencia sus decisiones en principios generales del derecho, es decir, aquellos comunes a diversas familias del derecho. Lo anterior por cuanto, por una parte, no están sometidos a los ritualismos exagerados de los ordenamientos jurídicos internos; por la otra, debido a las escasas disposiciones procesales presentes en los tratados constitutivos, reglamentos y estatutos.

El ejercicio del control de convencionalidad

Un segundo efecto del principio de supremacía del derecho internacional sobre el interno, en el ámbito de competencias de los jueces internacionales, lo constituye el denominado "*control de convencionalidad*", el cual ha venido siendo ejercido por la Corte IDH, con diversos grados de intensidad (desde exhortaciones a modificar una regulación constitucional hasta considerar carente de efectos una ley), y principalmente sobre dos temas: (i) leyes autoamnistía e indulto; y (ii) libertad de expresión[10].

9 Oliver Jacot-Guillarmond, "Règles, méthodes et príncipes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", en Luis-Edmond Pettiti, *et al.* (eds.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, París, Económica, 1995, p. 42.

10 Corte IDH, Kimel *vs.* Argentina, fondo, mayo 2 del 2008, Serie C No. 177.

Ahora bien, entiendo por control de convencionalidad, siguiendo a Bazán[11], aquel que se desenvuelve en dos planos: el internacional y el interno. Así, el primero consiste en que la Corte IDH juzga si un determinado acto o normativa de derecho interno resultan contrarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH), "disponiendo en consecuencia *vgr.* la reforma o abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la preservación de la vigencia suprema de tal Convención o de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo"[12]; el segundo está a cargo de los jueces internos, consistiendo en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas locales, aplicables en casos concretos, con el texto de la CADH, así con frente a los estándares interpretativos acogidos por la Corte IDH[13].

Como puede observarse, el ejercicio del control de convencionalidad resulta ser más severo, en términos de afectación de la soberanía de los Estados, que aquel consistente simplemente en aplicar de preferencia, al momento de resolver un caso concreto, la norma internacional sobre la interna. En efecto, se trata, en su manifestación más fuerte, de ejercer un control internacional semejante, en cierta medida, a aquel que lleva a cabo el juez constitucional en relación con la ley. Lo que sucede es que, en este caso, el parámetro para ejercer el control es la norma convencional, en tanto que la disposición controlada puede ser, desde la Constitución[14], pasando por la ley[15], o incluso un simple acto administrativo.

Así, pues, en pocas palabras, el ejercicio del control de convencionalidad constituye una herramienta que asegura, en mejor medida, la supremacía del derecho internacional sobre el interno, al menos, en el ámbito de la protección de los derechos humanos.

Los diversos paradigmas de los sistemas de fuentes internos

La segunda parte de la paradoja que orienta la aplicación del principio de supremacía del derecho internacional sobre el interno, consiste en que la

11 Víctor Bazán, *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*, 2011, p. 3.

12 *Ibídem,* p. 4.

13 *Ibídem,* p. 5.

14 Corte IDH, La última tentación de Cristo *vs.* Chile, fondo, febrero 5 del 2001, Serie C 123.

15 Corte IDH, Barrios Altos *vs.* Perú, marzo 14 del 2001, Serie C 110; Corte IDH, Almonacid Arellano *vs.* Chile, fondo, 26 de septiembre del 2006, Serie C 154; y Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, fondo, noviembre 20 del 2010, Serie C 156.

garantía de aquel dependerá, en el orden interno, de la ubicación que dentro de su respetivo sistema de fuentes tengan las normas internacionales. Lo anterior da origen a diversos paradigmas, tal y como pasa a explicarse.

La supraconstitucionalidad

Un primer paradigma es aquel de la supraconstitucionalidad, según el cual la norma internacional prevale, o deroga incluso, la disposición constitucional que le sea contraria. Tal esquema teórico es poco frecuente en el derecho comparado.

Así, por ejemplo, en 1953, la Constitución holandesa fue modificada, a efectos de agregarle el siguiente artículo: "ARTÍCULO 63. Cuando lo exija el desarrollo del orden jurídico internacional, podrá un tratado apartarse de los preceptos de la Constitución. En tal caso la ratificación solo podrá conferirse de forma expresa, y las Cámaras de los Estados Generales solamente podrán aprobar el correspondiente proyecto de ley por mayoría de dos tercios de los votos emitidos".

En otros países, como es el caso de Alemania, se ha discutido acerca de si la Ley Fundamental de Bonn acogió o no un esquema de supraconstitucionalidad. El punto de partida es el artículo 25 Superior, según el cual las reglas del derecho internacional incorporadas al ordenamiento jurídico alemán "prevalecen sobre las leyes". En tal sentido, autores como Menzel, Pigorsch, Magiera y Sigagi[16] acogen la tesis de la supremacía del orden internacional sobre la Constitución; sin embargo, la opinión mayoritaria es la contraria, es decir, que las normas convencionales se ubican entre la Ley Fundamental y las leyes federales ordinarias.

Un segundo escenario de discusión que plantea la supraconstitucionalidad es el referente a si las normas internacionales limitan el poder de reforma a la Constitución, es decir, si la adopción de un determinado tratado internacional, por ejemplo, implica que el órgano competente para reformar la Carta Política no pueda hacerlo en contravía de aquel. Tal debate, por ejemplo, se ha presentado en Colombia desde la adopción de la Sentencia C-553 de 2003, mediante la cual se examinó la constitucionalidad del texto de un referendo que sería sometido al pueblo[17].

16 Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 828.

17 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

Constitucionalidad

Un segundo paradigma que explica las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos estatales es aquel de la constitucionalidad. En pocas palabras, aquello significa que el tratado internacional y la Constitución se encuentran en un mismo nivel, y que, en últimas, ninguno prevalece sobre el otro, formando entre sí un "bloque de constitucionalidad".

En Colombia, la teoría del bloque de constitucionalidad fue expresamente acogida por la Corte Constitucional en Sentencia C-225 de 1995[18], en tanto que medio para superar la antinomia existente entre dos disposiciones superiores: el artículo 4, en el cual se consagra el principio de supremacía constitucional; y el artículo 93.1, que dispone una prevalencia de determinadas normas internacionales sobre las internas, más exactamente, aquellas referentes a derechos inderogables. De tal suerte que se trató de una tesis "pacificadora", la cual ha permitido, en la práctica, que los tratados internacionales sean empleados como parámetro para ejercer el control de constitucionalidad[19].

Ahora bien, el juez constitucional colombiano ha sido enfático en exigir que las disposiciones convencionales, para poder ser parte del bloque de constitucionalidad, deben reconocer un derecho humano, con lo cual no podrían integrarlo, por ejemplo, tratados internacionales referentes a temas tales como: integración económica, cooperación internacional, comercio internacional, etc.

De igual manera, es necesario tener en cuenta que el artículo 93 Superior cuenta con dos incisos. En el primero de ellos se afirma que: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno"; en tanto que en el segundo se lee: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", es decir, la Carta Política diferencia entre dos clases de tratados internacionales sobre derechos humanos: los que regulan el denominado "núcleo duro de protección", esto es, un conjunto de derechos y garantías vinculantes que incluso en situaciones de anormalidad

18 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver al respecto: Alejandro Ramelli, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Bogotá, Uniandes-GIZ, 2011, pp. 34 y ss.

19 Alejandro Ramelli, "Sistema de fuentes del derecho internacional público y 'bloque de constitucionalidad' en Colombia", en *Cuestiones Constitucionales,* México, núm. 11, 2004.

no admiten ser limitados por el legislador extraordinario y que, *prima facie,* "prevalecen en el orden interno"; y un segundo grupo, que abarca el espectro restante de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los cuales sirven como criterio de interpretación del catálogo constitucional de derechos fundamentales.

Precisa entonces la Constitución que, mientras que el primer grupo de tratados internacionales "prevalecen en el orden interno" (art. 93.1), los segundos sirven tan sólo como parámetro para interpretar los derechos y deberes consagrados en la Carta Política (art. 93.2).

Al respecto, debemos aclarar que los tratados internacionales que consagran derechos que no admiten ser limitados bajo estado de excepción, se caracterizan por prever dentro de su respectivo articulado las llamadas "cláusulas de salvaguardia", es decir, disposiciones inspiradas en el principio *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión), que le permiten al Estado parte sustraerse temporalmente al cumplimiento de ciertas disposiciones convencionales, cuando quiera que sobrevengan situaciones imprevistas (por ejemplo, guerra exterior, peligro público, amenaza contra la integridad del Estado, etc.). Entre ellos se encuentran: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 27) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4).

De igual manera, los tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario, debido a su ámbito de aplicación temporal (existencia de un conflicto armado interno o internacional), son llamados a ser aplicados durante situaciones de anormalidad. De tal suerte que la Corte ha entendido que hacen parte del bloque de constitucionalidad los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977[20], al igual que la Convención contra el Genocidio de 1948[21].

Por otra parte, se encuentran los tratados internacionales de derechos humanos que carecen de cláusulas de salvaguardia, tales como, entre otros, (i) numerosos convenios de la OIT; (ii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (iii) la Convención de Derechos de la Mujer; (iv) la Convención de Belém do Pará; y (v) el Protocolo de San Salvador.

20 Consultar al respecto, Ramelli, A, "La Corte Constitucional como intérprete del derecho internacional humanitario", en *II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 473.

21 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio. De igual manera ver: Alejandro Ramelli, "La aplicación del derecho internacional humanitario en Colombia. Avances, desafíos y propuestas", en *Derecho internacional humanitario,* Bogotá, Universidad Libre, 2007, p. 123.

En este orden de ideas, para que un tratado internacional pueda ser parte del bloque de constitucionalidad se precisa que consagre derechos humanos, bien sea que éstos no admitan ser limitados bajo situaciones de anormalidad (art. 93.1) o carezcan de cláusulas de salvaguardia o no regulen, en últimas, derechos intangibles (art. 93.2). Aquellos del primer grupo, en términos de la jurisprudencia constitucional, harán parte del denominado bloque de constitucionalidad en sentido "estricto o *stricto sensu*"; los del segundo, lo serán del "amplio o *latu sensu*".

Señalemos al respecto que la jurisprudencia constitucional ha considerado que el bloque de constitucionalidad en sentido estricto[22] estaría conformado por "aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos"[23]; en tanto que harían parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio[24], aquellas normas que se caracterizan por "(1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional"[25].

Así, en el caso colombiano, los tratados internacionales sobre derechos humanos han sido la pieza clave para la construcción jurisprudencial del bloque de constitucionalidad.

22 Así, por ejemplo, la Corte ha estimado que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Sentencia C-504 de 2007); y las normas del derecho internacional humanitario (sentencias C-225 de 1995 y C-148 de 2005, entre otras).

23 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

24 Así, por ejemplo, la Corte ha considerado que hacen parte del bloque en sentido amplio: el Preámbulo, el articulado de la Constitución, algunos tratados sobre derechos humanos (Sentencia C-148 de 2005), y las leyes orgánicas y las estatutarias (sentencias C-277 de 2007 y C-228 de 2009).

25 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C- 191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Finalmente, señalemos que la figura del bloque de constitucionalidad se ha venido extendiendo por otros países latinoamericanos, como son los casos de Argentina, Ecuador, Panamá y Perú.

Supralegalidad

El paradigma de la supralegalidad consiste en que las normas internacionales se ubican por debajo de la Constitución pero por encima de la ley. Se trata de una fórmula bastante extendida en el derecho comparado, siendo acogida por países como Austria, Bélgica, Birmania, Irlanda y Filipinas[26].

Así, pues, el paradigma de la supralegalidad implica que las disposiciones internacionales, si bien no hacen parte del contenido material de la Constitución, razón por la cual no constituyen un parámetro para ejercer el control de constitucionalidad abstracto sobre las leyes, sí se encuentran ubicadas por encima de éstas. Lo anterior significa que, por una parte, derogan las leyes que le sean contrarias, no pudiendo ser derogadas por leyes posteriores.

Legalidad

De conformidad con este modelo teórico, la norma internacional cuenta tan sólo con la fuerza normativa propia de las leyes, es decir, no es parámetro para ejercer el control de constitucionalidad y puede ser derogada por una ley posterior que le sea contraria. Tal esquema es manejado por algunos países del *common law*, y, en el pasado, influenciados por las corrientes dualistas, por algunos Estados latinoamericanos.

Autores como Carreau[27] critican este modelo de regulación de los ordenamientos jurídicos internacional e internos, por cuanto implica, en la práctica, que los tratados puedan ser desconocidos por las autoridades internas, quedando tan sólo la posibilidad de una eventual demanda por parte de otro Estado parte.

Las formas de incorporación de las normas internacionales

Las diversas formas de incorporación de las normas internacionales, sean convencionales, consuetudinarias o principios generales del derecho, a los

26 Dominique Carreau, *op. cit.,* p. 60.
27 *Ibídem,* p. 61.

respectivos ordenamientos jurídicos estatales, suele ser un asunto regulado, con mayor o menor detalle, por la Constitución, y, eventualmente, algunas normas de rango legal. De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha solido jugar un papel clarificador en relación con la incorporación de determinados actos jurídicos unilaterales, tales como resoluciones, decisiones, observaciones generales, medidas provisionales y cautelares, entre otros.

Así, pues, en algunos países, como Inglaterra, la intervención del Parlamento mediante la adopción de una ley, la cual reproduce textualmente el contenido del tratado, es necesaria, salvo en materia de derecho comunitario. En España, la Constitución prevé que determinados tratados internacionales exigen de una previa autorización por parte de las Cortes Generales mediante Ley Orgánica (art. 93)[28]. Unas disposiciones semejantes existen en la Ley Fundamental de Bonn, según las cuales los tratados incluidos en su artículo 59.2 requieren de la aprobación, en forma de ley federal, de los órganos competentes[29].

A decir verdad, la participación de los órganos legislativos en el proceso de incorporación de los tratados internacionales es un ejercicio de control político sobre el *treaty-making power* del Gobierno. De allí, en ocasiones, la Constitución faculta al Congreso para formular reservas o declaraciones interpretativas al instrumento internacional.

De igual manera, es potestativo de cada Constitución prever la existencia de un control de constitucionalidad, previo o posterior, a la incorporación del instrumento internacional.

Ahora bien, es una tendencia en el derecho comparado que la incorporación de normas convencionales se surta mediante un trámite solemne, conformado por diversas etapas, las cuales deben agotarse plenamente, procedimiento a lo largo del cual suelen interactuar diversas ramas del poder público. Por el contrario, la incorporación de normas consuetudinarias, al igual que lo atinente a principios generales del derecho y actos jurídicos unilaterales, no suele estar regulado en las constituciones. Sin embargo, se acepta comúnmente por la doctrina[30] y la jurisprudencia constitucional que aquella se realiza de forma automática.

En el caso colombiano existen cuatro formas de incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno, a saber:

28 Julio González Campos, *et al., Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Civitas, 1998, p. 270.

29 Klaus Stern, *op. cit.,* p. 844.

30 Julio González Campos, *et al., op. cit.,* p. 271.

(i) solemne; (ii) abreviada; (iii) automática y (iv) la surtida por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Veamos.

La incorporación *solemne* es la regla general en materia de incorporación de normas convencionales. Aquella comienza por la negociación del instrumento internacional por parte del presidente de la República o su representante, etapa que finaliza con la suscripción o firma del tratado. Posteriormente, el jefe de Estado debe remitir el proyecto de ley aprobatoria a la Comisión II del Senado de la República, a efectos de darle un primer debate. A partir del allí, el trámite que surte es el mismo que sigue una ley ordinaria: (i) aprobación en cuatro debates reglamentarios, (ii) publicación de ponencias antes de los respectivos debates; (iii) anuncio previo a votación; y (iv) que entre el primer y segundo debates medie un lapso no inferior a ocho días y que entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, transcurran por lo menos quince días (art. 160 C.P.); y (v) la sanción presidencial y la remisión del texto a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes (art. 241-10 C.P.).

Una vez la Corte Constitucional asume competencia, debe revisar si la ley aprobatoria surtió debidamente el trámite constitucional y orgánico (Ley 5 de 1992). En caso de presentarse un vicio de procedimiento, el juez constitucional decidirá si aquel es subsanable o insubsanable.

A su vez, en cuanto al elemento material del control de constitucionalidad, la labor de la Corte consiste en confrontar las disposiciones del instrumento internacional con la Constitución. En caso de declararlas contrarias a la Carta Política, las declarará inexequibles; también puede declararlas exequibles de forma condicionada, las cuales se traducen en declaraciones interpretativas.

Así las cosas, el control de constitucionalidad realizado por la Corte sobre los tratados internacionales se caracteriza por: (i) ser previo a la ratificación; (ii) posterior a la aprobación congresional; (iii) integral, en cuanto se revisa la totalidad de la ley aprobatoria y del articulado del tratado; y (iv) hacer tránsito a cosa juzgada constitucional.

Una vez surtido el control de constitucionalidad, corresponderá al presidente de la República, en tanto que jefe de Estado, proceder a ratificar el tratado internacional. Luego de que éste entre en vigor internacionalmente, según la Ley 7 de 1944, deberá ser publicado en el *Diario Oficial,* momento a partir del cual resulta vinculante para las autoridades públicas y los particulares.

Por otra parte, la incorporación *abreviada*, en los términos del artículo 224 Superior, consiste en que el presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial

acordados en el ámbito de organismos internacionales. En este caso, tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado. Como puede advertirse, en este trámite se confunde la figura de la suscripción del tratado con su ratificación. Sin embargo, en todo caso, se deberá surtir la aprobación congresional y el control de constitucionalidad.

A su vez, la incorporación *automática* se encuentra reservada para las fuentes no convencionales del derecho internacional, esto es, costumbre internacional, principios generales del derecho y actos jurídicos unilaterales adoptados por órganos, políticos o judiciales, de organizaciones internacionales[31].

Una última vía de incorporación, *sui generis* por lo demás, fue aquella que surtió el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Lo anterior, por cuanto fue preciso modificar previamente la Constitución, a efectos de sortear la existencia de "tratamientos diferentes", es decir, contradicciones o antinomias que existen entre la Constitución y el tratado internacional. Así, pues, a diferencia de lo acontecido con cualquier otro tratado internacional, el Estatuto surtió las siguientes etapas: (i) negociación; (ii) suscripción o firma; (iii) presentación y trámite de un proyecto de acto legislativo que condujo a reformar el artículo 93 Superior; (iv) trámite de un proyecto de ley aprobatoria del tratado; (v) sanción presidencial de la ley aprobatoria; (vi) control de constitucionalidad sobre el tratado y su ley aprobatoria; (vii) ratificación del instrumento internacional; y (vii) entrada en vigencia en el orden interno[32]. En otras palabras, a diferencia de cualquier otro tratado internacional, el Estatuto de Roma surtió doce debates.

Al respecto, es necesario recordar el texto del Acto Legislativo 2 de 2001:

> ARTÍCULO 1º. Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto:
>
> El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones

31 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia T-558 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

32 Ver al respecto: *Diario Oficial* núm. 45.015 de noviembre 30 del 2002. Decreto 2764 de 2002, por medio del cual se promulga el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", realizado en Roma 17 de julio de 1998.

> Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.
>
> La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.
>
> ARTÍCULO 2º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

Como se puede advertir, la reforma constitucional permitió que el Estatuto de Roma pudiera hacer su tránsito en el Congreso de la República y sortear el control de constitucionalidad de la Corte. En efecto, recordemos que el tratado internacional no admite la formulación de reservas, motivo por el cual, de haber sido aprobado por el Congreso, habría corrido un grave riesgo de declaratoria de inexequilibilidad, por parte de la Corte Constitucional, de algunos de sus artículos.

Efectos de las normas internacionales en la actividad judicial

Con el paso de los años, y debido al fenómeno de la globalización, cada vez más las normas internacionales están llamadas a cumplir un papel más importante en los ordenamientos jurídicos estatales. En efecto, el creciente número de disposiciones internacionales, prácticamente sobre todos los tópicos importantes de la vida en sociedad (por ejemplo, protección del medio ambiente, derechos humanos, inversión extranjera, comercio, criminalidad internacional, manejo de datos, etc.), ha conducido a que aquello que dijo Blackstone hacia 1735, en sus famosos "Comentarios", se esté haciendo realidad: "*International Law is part of the Law of the Land*". Aquello conlleva a que no sólo las normas internacionales, sean convencionales o consuetudinarias, limiten el ejercicio de las competencias de los Estados, en los ámbitos judicial, legislativo y administrativo, sino también a la necesidad de conocer y aplicar la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos y derecho penal internacional. Otro tanto puede decirse sobre las famosas normas de "*soft law*".

Pues bien, indudablemente los efectos que está llamada a desplegar la legalidad internacional en un determinado orden jurídico interno dependerá, en buena medida, de la vocación internacionalista que tenga su Constitución, de sus desarrollos jurisprudenciales, y, en últimas, de su cultura jurídica.

Así las cosas, examinemos algunos de los principales efectos que pueden desplegar las normas internacionales en los sistemas jurídicos nacionales.

Las normas internacionales limitan el margen de configuración normativo del legislador

Una de las principales funciones que pueden cumplir las normas internacionales en un ordenamiento jurídico interno consiste en limitar el margen de configuración con que cuenta el legislador. Así, por ejemplo, las constituciones suelen facultar al legislador para regular temas tan variados como (i) procesos judiciales; (ii) estado civil de las personas; (iii) obligaciones y contratos; (iv) impuestos; (v) sistemas de seguridad social; (vi) régimen de los servicios públicos; (vii) sistema educativo; (viii) régimen de partidos y sistema electoral; (ix) régimen de propiedad; (x) concesión de amnistías e indultos; (xi) derechos de las víctimas, entre muchos otros.

Pues bien, las normas internacionales, en especial las contentivas de derechos humanos, limitan ese margen de configuración con que cuentan los legisladores en los citados temas.

En tal sentido, conviene recordar que los derechos fundamentales guardan una triple relación con la actividad legislativa: (i) el legislador ejecuta y hace efectivo el ejercicio de aquellos derechos fundamentales que precisan de un desarrollo normativo (por ejemplo, regula el derecho a la seguridad social); (ii) limitan el ejercicio de la actividad legislativa, con el propósito de prevenir que se adopten medidas que desconozcan el núcleo esencial de aquellos (*vinculación negativa*); y (iii) comportan la adopción de medidas (*vinculación positiva*) encaminadas a proteger el ejercicio de los derechos fundamentales (por ejemplo, establecimiento de tipos penales). De tal suerte que, por ejemplo, al momento de tipificar como delito determinada conducta humana, el legislador deberá respetar los contenidos del artículo 29 Superior, entendidos en consonancia con los artículos 4 de la CADH y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad[33].

Así, pues, como se ha señalado, en algunas situaciones es manifiesto el deber que tiene el legislador de expedir leyes penales, de ejercer un deber de protección de los derechos humanos, como puede ser la tipificación del delito de genocidio o de aquel de desaparición forzada de personas, a efectos de ejecutar adecuadamente las normas internacionales.

33 Alejandro Ramelli, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Bogotá, Uniandes-GIZ, 2011, p. 123.

Pues bien, a efectos de comprender de mejor forma el contenido y el alcance que tiene la vinculación positiva del legislador en materia de ejecución de normas internacionales, es preciso traer a colación la clásica distinción entre normas internacionales *self-executing* (autoejecutables) y *non-self-executing* (no autoejecutables).

A decir verdad, es usual que ciertas disposiciones consagradas en tratados internacionales tengan carácter, en términos de la doctrina americana y seguida por la europea, de normas *non-self-executing*[34], esto es, que para poder desplegar todos sus efectos en el ordenamiento interno de un Estado requieran del correspondiente desarrollo normativo, a diferencia de aquellas que son *self-executing* o autoejecutables. Ejemplos de las primeras son las diversas prohibiciones que consagran los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario (por ejemplo, las prohibiciones del genocidio, la desaparición forzada de personas, la toma de rehenes, la tortura, etc.), disposiciones todas que requieren la adopción de un tipo penal interno; por el contrario, son ejemplos de las segundas, las normas internacionales que consagran el derecho a la vida o a la integridad personal.

Así, pues, una disposición de un tratado internacional es calificada como *self-executing* cuando no requiere de una legislación interna para ser aplicada, y puede crear directamente derechos y obligaciones en cabeza de los particulares, invocables ante los tribunales nacionales. Por el contrario, algunas normas internacionales, incorporadas a los ordenamientos internos, precisan de la intermediación de una ley o de un decreto para poder ser invocadas ante los tribunales o administraciones estatales. En este último caso nos encontraremos ante una norma convencional *not-self-executing*.

Ahora bien, esa norma de derecho interno que debe ser adoptada a efectos de que el tratado internacional pueda ser debidamente ejecutado, no debe confundirse, de modo alguno, con la ley o acto parlamentario de incorporación de la norma convencional. En efecto, el carácter autoejecutable o no que pueda tener una disposición internacional es un debate que tiene lugar con posterioridad a la recepción del instrumento internacional en el respectivo ordenamiento jurídico interno.

En suma, una norma internacional es autoejecutable cuando quiera que contenga una obligación o un derecho claro y exigible. En este caso,

34 Stefan A. Riesenfeld y Frederick Abbot, "The Scope of U.S. Control Over the Conclusion and Operation of Treaties", en *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: a Comparative Study*, Países Bajos, Nijhoff, 1994; Thomas Buergenthal, "Self-executing and not-self-executing Treaties in National and International Law", en *R.C.A.D.I.,* Tomo 235, 1992, pp. 235 y ss.

el derecho internacional resulta ser directamente aplicable en el derecho interno; por el contrario, si la norma internacional contiene tan sólo un deber general de protección, una intención o una prohibición incompleta, se precisará de una ley que la desarrolle.

Normas internacionales y actividad judicial

Numerosas normas internacionales incorporadas a los ordenamientos jurídicos suelen contener derechos subjetivos a favor del individuo, sean de carácter sustancial o procesal. Disposiciones que se invocan, conjuntamente con normas constitucionales y legales, en el curso de un proceso judicial, sea civil, administrativo, laboral, de familia o constitucional. De allí que las normas internacionales estén llamadas a jugar un papel protagónico en la actividad judicial. En tal sentido, podemos diferenciar entre: (i) aplicación preferente de la norma internacional más protectora; (ii) interpretación conforme con la legalidad internacional; y (iii) reforzamiento de decisiones fundadas en el derecho interno.

Aplicación preferente de la norma internacional más protectora

Suele suceder que un mismo tema se encuentre regulado, simultáneamente, por normas internas e internacionales. Pues bien, al momento de resolver un caso concreto y encontrarnos ante tal escenario, se debe aplicar el principio *pro homine*, en virtud del cual se debe acoger la interpretación más extensiva o amplia a favor del individuo, al momento de fijar el contenido de un derecho reconocido al individuo por un tratado internacional, e inversamente, los límites a aquellos deben entenderse de forma restrictiva.

Así las cosas, puede suceder que la norma internacional más protectora termine siendo la disposición básica al momento de resolver el caso concreto, es decir, se aplica de preferencia la norma internacional sobre la interna[35].

Interpretación conforme con la legalidad internacional

En determinados casos no se trata de aplicar preferentemente una norma sobre la otra, sino de interpretar la norma interna de conformidad con la internacional. Pero, ¿qué significa aquello?

35 Organización Internacional del Trabajo. Centro Internacional de Formación, *Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias*, Ginebra, 2006, p. 6.

Pues bien, puede suceder que determina palabra o expresión contenida en una ley interna sea entendida en los términos del tratado internacional. Así, por ejemplo, si una norma interna alude al término "huelga", podrá traerse el sentido que la palabra tiene en determinado Convenio de la OIT; otro tanto puede suceder con expresiones tales como "persona con discapacidad", "consulta previa indígena", "tratos crueles, inhumanos y degradantes", etc.

Ahora bien, el recurso que el juez interno haga a las mencionadas nociones debe estar acompañado de una alta dosis de prudencia, por cuanto muchas de ellas constituyen "conceptos jurídicos autónomos"[36], lo que significa que su contenido y alcance carecen de parangón alguno en el derecho interno. Así, por ejemplo, el vocablo "plazo razonable" prescrito en el artículo 8 de la CADH, ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte IDH[37] como un término conformado por las siguientes variables: (i) dificultad de la investigación penal; (ii) comportamiento procesal de las víctimas; y (iii) diligencia de las autoridades penales internas. Otro tanto sucede, por ejemplo, con nociones tales como "tribunal independiente e imparcial" o "agotamiento de los recursos internos". De allí que al juez interno le esté vedado acordarle un significado distinto a un vocablo o expresión cuyo sentido ha sido precisado por órganos judiciales internacionales.

En otros casos, más complejos, la interpretación conforme conlleva a la creación de subreglas constitucionales. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, interpretando el artículo 49 Superior (derecho a la salud), de conformidad con el artículo 12 del PIDESC, el cual, a su vez, ha sido interpretado por el respectivo Comité DESC mediante la Observación General núm. 14 ("El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud"), ha logrado construir numerosas subreglas constitucionales, tales como (i) el paciente tiene derecho a un tratamiento integral; (ii) aquel que cuente con capacidad de pago deberá asumir el costo de los medicamentos que se encuentren por fuera del POS; (iii) el juez de tutela no cuenta con elementos para descalificar los conceptos científicos de los médicos; (iv) la población desplazada goza de una protección constitucional reforzada en materia de salud; (v) los pacientes tienen derecho al diagnóstico; (vi) la

36 Emmanuel Decaux, *La Convention Européenne commenté article par article*, París, LGDJ, 1996.

37 Entre muchas otras, ver: Corte IDH, Caso de los diecinueve comerciantes *vs.* Colombia, sentencia del 5 de julio del 2004; Corte IDH, Caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de septiembre 7 del 2004; Corte IDH, Caso Caesar *vs.* Trinidad y Tobago, sentencia de marzo 11 del 2005; Corte IDH, Caso masacres de Ituango *vs.* Colombia, sentencia de julio 1 del 2006; y Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia, sentencia de noviembre 27 del 2008.

salud es un derecho fundamental; (vii) la atención médica debe ser oportuna y eficaz; (viii) las entidades promotoras de salud deben responder en casos de atención deficiente de sus pacientes, en especial, los niños; (ix) el sistema general de seguridad social en salud no tiene por qué asumir cirugías meramente estéticas, etc.

Reforzamiento de decisiones fundadas en el derecho interno

En determinado casos, los jueces han adoptado una decisión exclusivamente con base en normas internas. Sin embargo, traen a colación disposiciones internacionales, y con frecuencia jurisprudencia, a efectos de reforzar su argumentación jurídica. No se trata, en este caso, de una verdadera interpretación conforme, sino tan sólo de una técnica judicial encaminada a aportarle mayor solidez y respaldo a lo decidido.

Articulación con la justicia internacional

La inclusión de normas internacionales en el bloque de constitucionalidad también ha permitido, en el caso colombiano, articular el funcionamiento de la justicia interna con la internacional.

Así, por ejemplo, mediante la acción de tutela se ha buscado dotar de una mayor eficacia interna las medidas cautelares decretadas por la CIDH[38] y las provisionales proferidas por la Corte IDH. De igual manera, la Sentencia C-004 de 2003[39], mediante la cual por vía bloque de constitucionalidad se amplió el sentido y la función que está llamada a cumplir la acción de revisión en Colombia, se logró articular los fallos proferidos por la Corte IDH, al igual que las recomendaciones emitidas por la CIDH y el Comité de Derechos Humanos, con los procesos penales internos.

En efecto, antes de la expedición de la Sentencia C-004 de 2003, sólo se contaba con la Ley 288 de 1996, a efectos de dotar de eficacia interna a las recomendaciones de la CIDH, pero sólo en materia indemnizatoria. Merced a lo dispuesto en el citado fallo, cuyo planteamiento fue retomado en la regulación de la acción de revisión en la Ley 906 de 2004, hoy en día es posible hacer cumplir verdaderamente las sentencias proferidas por

38 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia T-558 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

39 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

la Corte IDH en Colombia en lo tocante a la responsabilidad penal de los implicados en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos[40].

Elaboración y ejecución de políticas públicas

Más allá de las ejecuciones legislativa y judicial de las normas internacionales, las normas internacionales pueden servir para elaborar y poner en marcha políticas públicas que permitan un adecuado cumplimiento de los compromisos internacionales.

Así, por ejemplo, la adopción de la Convención de Derechos del Niño precisa la elaboración de una política pública en materia de niñez desamparada; el artículo 5.6 de la CADH, a cuyo tenor "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", requiere la puesta en marcha de una política carcelaria que propenda por la resocialización de los internos; e igualmente, el artículo 12 del PIDCP, según el cual "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia", precisa de la existencia de una política pública seria en materia de atención a la población víctima del desplazamiento forzado.

En suma, la incorporación de normas internacionales a un determinado ordenamiento jurídico interno conduce a la necesidad de idear y poner en marcha políticas públicas (por ejemplo, carcelarias, sanitarias, de atención a poblaciones vulnerables, etc.), que permitan la efectividad de los derechos humanos en aquellas consagrados.

Bibliografía

Alejandro Ramelli, "La aplicación del derecho internacional humanitario en Colombia. Avances, desafíos y propuestas", en *Derecho internacional humanitario,* Bogotá, Universidad Libre, 2007.

__ "La Corte Constitucional como intérprete del derecho internacional humanitario", en II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

40 Sobre este tema, en derecho comparado ver: Carlos Ayala, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales,* Universidad de Talca, 2007, pp. 127 y ss.

__ "Los derechos fundamentales de las víctimas de las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y sus repercusiones en el constitucionalismo colombiano", en v Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

__ "Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia", Bogotá, Uniandes-GIZ, 2011.

Allan Pellet y Patrick Daillier, "Droit International Public", París, L.G.D.J., 2005.

Carlos Ayala, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales,* Universidad de Talca, 2007.

Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

__ Sentencia C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

__ Sentencia T-558 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

__ Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

__ Sentencia C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

__ Sentencia C-148 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

__ Sentencia C-277 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

__ Sentencia C-228 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

__ Sentencia C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio.

Corte IDH, *Almonacid Arellano* vs. *Chile*, fondo, Serie C 154, septiembre 26 del 2006.

__ *Barrios Altos* vs. *Perú*, Serie C 110, marzo 14 del 2001.

__ *Caesar* vs. *Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo del 2005.

__ *García y Montiel Flores* vs. *México*, fondo, Serie C 156, noviembre 20 del 2010.

__ *Kimel* vs. *Argentina*, fondo, Serie C No. 177, mayo 2 del 2008.

__ *Masacres de Ituango* vs. *Colombia*, sentencia de julio 1 del 2006

__ *La última tentación de Cristo* vs. *Chile*, Serie C 123, fondo, febrero 5 del 2001.

__ *Loayza Tamayo* vs. *Perú*, fondo, Serie C No. 21, septiembre 17 de 1997.

__ *Tibi* vs. *Ecuador,* sentencia de septiembre 7 del 2004.

__ *Valle Jaramillo y otros* vs. *Colombia*, sentencia de noviembre 27 del 2008.

CPI, *Diario Oficial* núm. 45.015 de noviembre 30 del 2002.

__ Decreto núm. 2764 del 2002, por medio del cual se promulga el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", realizado en Roma el 17 de julio de 1998.

CPJI, Affaire de la Haute- Silésie polonaise, Serie A.

Dominique Carreau, *Droit International*, París, Pedone, 1994.

Emmanuel Decaux, *La Convention Européenne commenté article par article*, París, LGDJ, 1996.

Julio González Campos, *et al., Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Civitas, 1998.

Klaus Stern, "Derecho del Estado de la República Federal Alemana", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Oliver Jacot-Guillarmond, "Règles, méthodes et príncipes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", en Luis-Edmond Pettiti, *et al.* (eds.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, París, Económica, 1995.

Organización Internacional del Trabajo, "Centro Internacional de Formación, utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Recopilación de sentencias", Ginebra, 2006.

Oswaldo Ruiz-Quiriboga, "The Conventionality Control: Examples of (Un) Successful Experiences in Latin America", en *Inter-American and European Human Rights Journal,* 2010, Vol. 3.

Stefan A. Riesenfeld y Frederick Abbot, "The Scope of U.S. Control Over the Conclusion and Operation of Treaties", en *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: a Comparative Study,* Países Bajos, Nijhoff, 1994.

Tribunal Arbitral Mixto Franco-Mexicano, Francia *vs.* México, asunto Georges Pinson, R.S.A., 1928.

Tribunal de Arbitramento, Estados Unidos *vs.* Colombia, asunto Montijo, julio 26 de 1875, R.A.I., Tomo III.

Thomas Buergenthal, "Self-executing and not-self-executing Treaties in National and International Law", en R.C.A.D.I., Tomo 235, 1992.

Víctor Bazán, "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", s.m.d. 2011.

PRIMERA PARTE
Teoría e historia del derecho internacional

1. ¿Para qué estudiar la historia del derecho internacional?
George Bandeira

Abogado de la Universidad Federal de Pernambuco (1998), máster en derecho (2001) y doctor en relaciones internacionales (2006) de la Universidad de Brasilia. En el 2010 obtuvo un postdoctorado en derecho internacional de la Universidad de Helsinki. Ha trabajado en la Defensa General de la Unión en Brasil y como magistrado auxiliar en la Corte Suprema Federal de Brasil. En la Universidad de Brasilia se desempeñó como director de pregrado, director de postgrados y vicedecano. Actualmente es profesor de cátedra y decano de la Facultad de Derecho de dicha universidad.

2. ¿Para qué un derecho internacional latinoamericano?
Liliana Obregón

Doctora en derecho de la Universidad de Harvard, máster en relaciones internacionales (M.A.) del School of Advanced International Studies (SAIS) de la Universidad Johns Hopkins. Profesora de derecho internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Llevó a cabo una investigación postdoctoral en el Instituto Erik Castrén de la Universidad de Helsinki, Finlandia. Ha sido becaria del programa Harvard-Andes, la OEA, Fundación Ford, DRCLAS Harvard y Fundación FES. Ha trabajado para las ONG internacionales CEJIL (Center for Justice and International Law) y Conservation International; y para el Global Studies Program de la Universidad de Wisconsin y el Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes. Sus líneas de investigación e interés se concentran en la teoría e historia del derecho internacional público, derechos humanos y derecho internacional humanitario, y estudios sobre cultura, raza y ciudadanía.

3. La noción de "sociedad" en el derecho internacional
Ricardo Alarcón, Sebastián Machado y Guillermo Otálora

Ricardo Alarcón es abogado de la Universidad de los Andes y obtuvo un LL.M. de la Universidad de Nueva York. Trabajó como asesor en la Dirección de Derechos Humanos y DIH del Ministerio de Relaciones Exteriores

de Colombia y fue pasante en la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Actualmente es asociado en el grupo de arbitraje internacional de Shearman & Sterling en París.

Sebastián Machado es abogado de la Universidad de los Andes y máster en derecho de la Universidad de Cambridge. Profesor de teoría e historia del derecho internacional, en la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes. Trabajó como coordinador del área consultiva de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia y como asesor en derecho internacional de la Fiscalía General de la Nación. Actualmente es consultor en temas de derecho internacional público.

Guillermo Otálora es abogado de la Universidad de los Andes y máster en derecho (LL.M.) de la Universidad de Harvard. Becario J. William Fulbright. En el 2009 fue pasante de la Fiscalía en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Se ha desempeñado como profesor de derecho internacional económico, teoría jurídica y seminario de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

4. ¿Hay lugar para lo sagrado en derecho internacional?
Mónica García-Salmones

Asistente de investigación postdoctoral en el Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights de la Universidad de Helsinki, en el proyecto "Historia del Derecho Internacional, entre la Religión y el Imperio". Sus intereses de investigación incluyen la teoría del derecho internacional, la teoría jurídica y la historia del derecho internacional. Su último proyecto de investigación es el libro titulado *The Project of Positivism in International Law* (OUP 2013).

5. Permanencia y cambio de la normatividad en el derecho internacional
Marina C. Brilman

Obtuvo su grado LL.B/LL.M de la Universidad de Leiden, Holanda, un LL.M de la University College London (UCL), así como un doctorado (PhD en Derecho) del London School of Economics (LSE). Ha ejercido como abogada en litigio civil, arbitraje comercial y fusiones y adquisiciones (M&A). Trabajó temporalmente en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Holanda, en La Haya, así como para varias organizaciones, como Human Rights Watch y Abogados para Abogados. En el 2012 fue profesora visitante en la Universidad de los Andes, en la que dictó derecho internacional público y derechos humanos. Así mismo, dictó clases sobre el sistema interamericano

de derechos humanos en la American University en Washington. Actualmente es abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica.

SEGUNDA PARTE
Derecho internacional y la protección del ser humano

6. La posición del individuo en el derecho internacional: Del nacimiento de la persona natural a la vida jurídica internacional
Lina M. Céspedes-Báez

Abogada de la Universidad del Rosario, con especialización en derecho tributario de la misma institución, máster en estudios de género de la Universidad Nacional de Colombia y LL.M. con concentración en derecho internacional del Cardozo School of Law (Yeshiva University, Nueva York). Actualmente es becaria Fulbright y candidata a doctora en la Temple University (Philadelphia). Ha sido profesora, desde el año 2004, de régimen general de las obligaciones y de fuentes de las obligaciones en la Universidad del Rosario y de teoría del derecho en la misma institución. Así mismo, ha sido profesora de derecho internacional público en la Universidad de los Andes y en la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Sus investigaciones se han enfocado en la confluencia del derecho civil, el derecho internacional de los derechos humanos y el género.

7. El lugar de los derechos humanos en el derecho internacional
Beatriz Eugenia Sánchez Mojica

Doctora en derecho del Programa de Altos Estudios en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, en la que trabajó como profesora durante cinco años, en el área de derecho constitucional. Actualmente se desempeña como profesora en el área de derecho internacional en la Universidad de los Andes. Su trabajo como investigadora se centra en las migraciones forzadas, los derechos de los pueblos indígenas y la responsabilidad de las empresas multinacionales en materia de derechos humanos. Ha publicado numerosos artículos y capítulos de libros en estas materias.

8. El uso de la fuerza en derecho internacional
Nicolas Letts

Abogado y politólogo de la Universidad de los Andes, y máster en derecho internacional público del London School of Economics. Entre otros,

se ha desempeñado como abogado en temas de derecho privado en firmas colombianas, oficial verificador en la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la OEA en Colombia, oficial de proyectos de la Embajada de Canadá en Colombia, analista del International Crisis Group para la región andina y gerente de proyecto de seguridad marítima del Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE), de la OEA, en donde también se ocupó de brindar capacitación y asistencia técnica a los países del hemisferio, en la implementación de un marco jurídico adecuado para luchar de manera efectiva contra el terrorismo y su financiamiento.

9. Escudo y espada: Explorando el papel del derecho internacional en la construcción de la guerra
René Urueña

Doctor en derecho *eximia cum laude* de la Universidad de Helsinki (Finlandia), donde también obtuvo el título de Maestría Laudatur. Profesor y director del área de derecho internacional y de la Maestría en Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actualmente lidera el proyecto "Global Administrative Law Network - Improving Inter-Institutional Connections to Promote Inclusive Growth: Inter-Institutional Relations in Global and National Regulatory Governance", financiado por el Centro de Investigación para el Desarrollo Internacional de Canadá, en el que participan universidades de cuatro continentes.

10. El propósito del derecho penal internacional: Una perspectiva de aplicación
Diego Acosta y Russell Buchan

Russell Buchan es profesor de derecho internacional en la Universidad de Sheffield, Reino Unido. Ha publicado profusamente en los campos de paz international y seguridad, y su libro más reciente es *International Law and the Construction of the Liberal Peace* (2013), publicado por Hart Publications. Junto con Nicholas Tsagourias, se encuentra editando un manual de investigación sobre ciberseguridad, que será publicado este año por Edward Elgar.

Diego Acosta Arcarazo es profesor de derecho europeo en la Universidad de Bristol. Anteriormente fue profesor de derecho en la Universidad de Sheffield. Tiene un PhD en derecho europeo del Kings College London. Su area de especialidad es el derecho migratorio de Estados Unidos, y

actualmente dirige gran parte de su interés a las leyes y políticas migratorias en Sur América. También tiene especial interés en el derecho internacional. En el 2006 trabajó en la Embajada de España en Bogotá. Ha publicado profusamente en el area del derecho migratorio europeo, incluido su primer libro *The Long-Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship*. También realizó un análisis de la Directiva 2003/109 (Martinus Nijhoff, 2011) y coeditó otros dos libros: *EU Justice and Security Law: After Lisbon and Stockholm* (Hart, 2013, con Cian Murphy) y *EU Immigration and Asylum Text and Commentary* (junto con sus pares Guild, Groenendijk y Moreno-Lax; Martinus Nijhoff, 2012).

TERCERA PARTE
Economía y derecho internacional

11. El TLC con los Estados Unidos: Redefiniendo los límites del debate
Helena Alviar García

Doctorado (SJD) y Maestría en Derecho (LL.M) de la Universidad de Harvard. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Abogada y especialista en legislación financiera de esta misma universidad. Ha sido docente y conferencista en Harvard Law School, Brown University y University of Wisconsin, de Estados Unidos; también en la Universidad de Torino, Italia, y en la Universidad para la Paz, Costa Rica. Fue directora de la Maestría en Derecho y del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

12. La Organización Mundial del Comercio: Marco general, normativa y desafíos
Alan Yanovich

Es *Senior Counsel* en la oficina de Ginebra del estudio de abogados internacional Akin Gump Strauss Hauer & Feld. Previamente trabajó doce años como asesor legal en la Secretaria del Órgano de Apelación de la OMC, la instancia máxima dentro del mecanismo multilateral de solución de diferencias. También trabajó como asesor legal en la Secretaría General de la Comunidad Andina en Lima, Perú, y en la Oficina Comercial de Colombia en Washington DC. Es autor de varios artículos y capítulos de libro sobre temas de derecho económico internacional y sobre los procedimientos de solución de diferencias internacionales.

13. Derecho internacional de protección de la inversión
Martins Paparinskis

Profesor de la University College London, Inglaterra. Previamente trabajó como investigador postdoctoral en el Merton College y en las universidades de Oxford y de Nueva York. Abogado internacionalista con interés particular en el derecho internacional económico y en la resolución de disputas internacionales. Ha publicado artículos en el *British Year Book of International Law* y en el *European Journal of International Law.* Adicionalmente, ha publicado dos libros: una colección de documentos titulada *Basic Documents on International Investment Protection* (Hart Publications, 2012) y una monografía titulada *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment* (Oxford University Press, 2013).

14. Normas financieras globales y redes regulatorias:
La perspectiva global del derecho administrativo
Maurizia De Bellis

Profesora titular de derecho administrativo en la Universidad de Roma "Tor Vergata". Después de obtener el título *cum laude* de derecho (2002), en la Universidad de Pisa, recibió el Diploma de Estudios de Derecho (2003) de la Escuela de Estudios Avanzados Sant'Anna en Pisa y, más adelante, un doctorado en derecho y economía (2007), de la Universidad "La Sapienza" de Roma. Ha sido *Global Research Fellow* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York (2009-2010) y *Jemolo becario* en el Nuffield College de la Universidad de Oxford (2005). Adicionalmente, es miembro del Instituto de Investigación sobre la Administración Pública (IRPA). Actualmente es asistente del magistrado Sabino Cassese en el Tribunal Constitucional italiano.

CUARTA PARTE
Derecho internacional en acción

15. Derecho internacional de la responsabilidad del Estado hoy
Prabhakar Singh

Presidente del Graduate Fellow & Associate Centre for International Law de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Singapur. Editor Asociado del *Anuario Asiático de Derecho Internacional.* Obtuvo una maestría en derecho de la Universidad de Barcelona y un B.A.LL.B. (con honores) de la Universidad del Instituto Nacional de Derecho, Bhopal, India.

16. Las funciones de los tribunales internacionales: Una evaluación a la luz de su creciente autoridad pública
Armin von Bogdandy e Ingo Venzke

Armin von Bogdandy es director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg y profesor de la Goethe-Universität en Frankfurt, también es presidente del Tribunal de la Energía Nuclear de la OCDE. Fue miembro del Consejo Científico Alemán (Wissenschaftsrat) y miembro del Comité Científico de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (2008-2013).

El doctor Ingo Venzke es investigador senior y profesor en la Universidad de Ámsterdam. Anteriormente fue becario e investigador Hauser en la Universidad de Nueva York e investigador en el Max-Planck-Institut de Heidelberg. Autor del libro *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists* (OUP 2012).

17. Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno
Alejandro Ramelli

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, máster en derechos humanos de la Universidad de París X Nanterre y doctor en derecho de la Universidad de Salamanca. Exmagistrado auxiliar de la Corte Constitucional. Actualmente se desempeña como fiscal delegado ante la (CSJ) y jefe de la Unidad Nacional de Análisis y Contextos (UNAC).

Derecho internacional: poder y límites del derecho en la sociedad global se terminó de imprimir y encuadernar en enero de 2015. En su composición se usó la fuente Adobe Caslon Pro.

Bogotá, D. C., Colombia