

Aspectos contemporáneos del derecho

Derecho comunitario y *ius commune* americano:
dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas
de nuestro continente

Juan Pablo Pampillo

Separación de poderes públicos y entidades
fiscalizadoras superiores

Aimée Figueroa Neri

La revolución tecnológica en los medios de
comunicación y los desafíos del derecho y la democracia

Aníbal Sierralta Ríos

Protección, violación, reparación y sanción:
ejes temáticos de la teoría y práctica del derecho
internacional de los derechos humanos

Eric Tardif Chalifour

La legalidad de las inversiones como un requisito para la
protección de los tratados internacionales de inversiones

Claudia Salgado Levy

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Segundo semestre de 2012 • Número 18

FORO, revista de Derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional, resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTOR DEL ÁREA: Dr. César Montaña Galarza.

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. Ernesto Albán Gómez.

COMITÉ EDITORIAL: Dr. Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Dr. Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Dr. Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Dr. Agustín Grijalva (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar), Dr. Julio César Trujillo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. José Vicente Troya (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Dr. Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Dr. Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Dra. Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Dr. Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Dra. Rosario Valpuesta (+) (Universidad Pablo de Olavide), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

COORDINADOR DEL NÚMERO: Dr. César Montaña Galarza.

COORDINADORA EDITORIAL: Lcda. María José Ibarra González.

SUPERVISOR EDITORIAL: Jorge Ortega.

CORRECCIÓN: Fernando Balseca.

DIAGRAMACIÓN: Margarita Andrade R.

CUBIERTA: Raúl Yépez.

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versailles, Quito.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

20 años

FORO aparece en los índices *LATINDEX*, *Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*; y *PRISMA*, *Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas*.

FORO es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 18 • II semestre 2012

	Editorial	
	<i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
TEMA CENTRAL	ASPECTOS CONTEMPORÁNEOS DEL DERECHO	
	Derecho comunitario y <i>ius commune</i> americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente	
	<i>Juan Pablo Pampillo</i>	5
	Separación de poderes públicos y entidades fiscalizadoras superiores	
	<i>Aimée Figueroa Neri</i>	31
	La revolución tecnológica en los medios de comunicación y los desafíos del derecho y la democracia	
	<i>Aníbal Sierralta Ríos</i>	45
	Protección, violación, reparación y sanción: ejes temáticos de la teoría y práctica del derecho internacional de los derechos humanos	
	<i>Eric Tardif Chalifour</i>	77
	La legalidad de las inversiones como un requisito para la protección de los tratados internacionales de inversiones	
	<i>Claudia H. Salgado Levy</i>	105
RECENSIONES	Eddy María de la Guerra Zúñiga, <i>EL RÉGIMEN TRIBUTARIO ECUATORIANO. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA Y LA SUFICIENCIA RECAUDATORIA EN LA TRIBUTACIÓN INTERNA</i> , por César Montaña Galarza	137
	Antonio José Pérez, coord., <i>VIABILIDAD DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES</i> , por Libia Rivas Ordóñez	140
JURISPRUDENCIA	Las razones del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI: análisis y evaluación del caso CMS contra Argentina	
	<i>Catherine Ricaurte Herrera</i>	147
OBITUARIO	En memoria de María Rosario Valpuesta Fernández (1953-2013)	
	<i>Vanesa Aguirre Guzmán</i>	185
	Colaboradores	189
	Normas para colaboradores	191

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 18 • II semestre 2012

	Preface from the editor <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
MAIN THEME	CONTEMPORARY ISSUES OF LAW	
	Community Law and American <i>ius commune</i> : two pending issues for the legal sciences of our continent <i>Juan Pablo Pampillo</i>	5
	Separation of public powers and supreme audit institutions <i>Aimée Figueroa Neri</i>	31
	The technology revolution in media and the challenges of law and democracy <i>Aníbal Sierralta Ríos</i>	45
	Protection, violation, repair, and punishment: thematic axes of the theory and practice of international human rights <i>Eric Tardif Chalifour</i>	77
	Legality of investments as a requirement for the protection of International Investment Treaties <i>Claudia Salgado Levi</i>	105
REVIEWS	Eddy María De La Guerra Zúñiga, <i>THE TAX REGIME IN ECUADOR, AN APPROACH FROM THE POINT OF VIEW OF TAXABLE CAPACITY AND EFFECTIVE TAX POLICY TO COVER PUBLIC SPENDING,</i> <i>por César Montaña Galarza</i>	137
	Antonio José Pérez, coord., <i>FEASIBILITY OF CONSTITUTIONAL GUARANTEES, por Libia Rivas</i>	140
CASE LAW	The arguments of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID: analysis and assessment of CMS vs. Argentina <i>Catherine Ricaurte Herrera</i>	147
OBITUARY	In memory of María Rosario Valpuesta Fernández (1953-2013) <i>Vanesa Aguirre Guzmán</i>	185
	Collaborators	189
	Rules for Collaborators	191

Editorial

La presente entrega de la revista jurídica Foro promueve una discusión crítica acerca de temas relevantes que actualmente se encuentran en el debate internacional. Así, la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, a través del Área de Derecho, una vez más pone a consideración del público investigaciones sobre tópicos de gran trascendencia, que contribuyen al conocimiento jurídico.

Sobre “Derecho comunitario y ius commune americano: dos asignaturas pendientes para la ciencia jurídica de nuestro continente” escribe Juan Pablo Pampillo, y presenta un panorama actual acerca de la importancia del derecho comunitario para los diversos procesos de integración regionales y subregionales del continente, para romper las barreras territoriales existentes. Se refiere al fortalecimiento del nuevo desafío clave para el desarrollo de nuestro entorno geográfico, como lo es una eventual integración jurídica.

Aimée Figueroa presenta un estudio acerca de la “Separación de poderes públicos y entidades fiscalizadoras superiores”, y propone entender desde una perspectiva distinta el principio de separación de poderes a partir de la relación objetiva que surge del control financiero ex post a cargo de los parlamentos o congresos, con especial interés en la información que se genera, sin excluir la relación subjetiva entre los poderes públicos y las entidades fiscalizadora superiores, en los ámbitos nacional y subnacional.

Con el artículo titulado “La revolución tecnológica en los medios de comunicación y los desafíos del derecho y la democracia”, Aníbal Sierralta parte presentando una exhaustiva investigación acerca de la composición de los medios de comunicación en varios países de la región, y cómo los mismos han evolucionado a partir del uso de las nuevas tecnologías, y, a raíz de esto, analizar los desafíos que estos hechos plantean en torno a la protección de los derechos de los individuos.

Erick Tardif estudia la “Protección, violación, reparación, y sanción: ejes temáticos de la teoría y práctica del derecho internacional de los Derechos humanos”, analiza las obligaciones y deberes de los estados respecto a los derechos humanos cuando son parte de tratados internacionales, lo cual hoy por hoy se constituye en un tema de fundamental importancia, puesto que, a pesar de que se evidencia mayor protección a los derechos humanos, los medios para su efectivización son limitados, lo cual no permite que la teoría sea reflejada en la realidad práctica a través de una verdadera reparación ante violaciones cometidas.

Por su parte, Claudia H. Salgado Levy escribe sobre “Legalidad de las inversiones como requisito para la protección de los tratados internacionales de inversiones”; el escrito tiene como objetivo analizar si las inversiones extranjeras realizadas en inobservancia de las disposiciones legales del Estado receptor de la inversión, pueden beneficiarse de la protección contenida en los tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones extranjeras o, en los tratados internacionales de inversiones.

Finalmente, Vanesa Aguirre presenta un obituario en memoria de la recordada profesora española María Rosario Valpuesta Fernández.

Esperamos que las contribuciones contenidos en este número de Foro sirvan para elevar el debate sobre los aspectos contemporáneos del Derecho, con material académico de excelencia que suponemos interesa sobremanera a los juristas.

Ernesto Albán Gómez
Editor

Derecho comunitario y *ius commune* americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente

*Juan Pablo Pampillo Baliño**

RESUMEN

La conformación de un derecho supranacional comunitario y de un derecho común supletorio para nuestro continente es una asignatura pendiente de la que puede ocuparse la ciencia jurídica. En el presente artículo, tras ofrecer un marco teórico conceptual sobre el Derecho comunitario y presentar el estado actual de los diversos esquemas y procesos regionales y subregionales de integración en nuestro hemisferio, se proponen una serie de perspectivas (interdisciplinarias) y de temas (políticos, jurídicos y económicos) sobre lo que tendría que reflexionar la ciencia jurídica –academia y foro– americana, para adelantar los contenidos de este nuevo ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Integración jurídica americana, derecho comunitario, derecho internacional, comercio exterior, globalización, nuevo *ius commune*, derecho común americano.

ABSTRACT

The creation of a supranational community law and a supplementary regional law for our continent is a pending issue to be handled by the legal science. This article provides a conceptual theoretical framework for Community Law by examining the current status of the various regional and sub-regional integration processes in our hemisphere. Later, it proposes a series of interdisciplinary perspectives on political, legal and economic issues that must be reflected in the legal thought –academia and forum– of the Americas, in order to advance towards a new legal system.

KEY WORDS: Legal integration and Community law in the Americas, community law, international law, foreign trade, globalization, new *Ius Commune*.

FORO

* Director del Centro de Investigación e Informática Escuela Libre de Derecho (México), Investigador Nacional por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACYT.

LA IMPORTANCIA DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA AMERICANA

La integración jurídica americana constituye uno de los temas más sugerentes y fecundos para los juristas de nuestro continente.¹

Todo parece indicar que el “derecho de la integración” o “derecho comunitario” será el nuevo paradigma jurídico del siglo XXI, así como durante la segunda mitad del siglo XX lo fueron –y en cierta medida lo seguirán siendo– los “derechos humanos”. El derecho comunitario se perfila, hacia el futuro próximo, como la disciplina jurídica especializada de naturaleza transversal o rama del derecho vertebradora, en torno a la cual habrán de articularse las demás materias jurídicas.

No se trata de afirmaciones gratuitas; están basadas en el Estado actual de los procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la globalización, que han venido promoviendo un mayor acercamiento regional a través bloques continentales.²

1. Me he ocupado previamente de este tema en Juan Pablo Pampillo Baliño, “Del *Mos Europaeus* al *Mos Americanus Iura Legendi*. Una propuesta de refundación de la Ciencia Nueva para la Integración Jurídica Americana”, en *Foro. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, Nueva Época, No. 8, UCM, 2008; “Bases Jurídicas para la Integración Americana”, en *Temas de Derecho III*, México, Escuela Libre de Derecho, 2010; “Hacia una Integración Jurídica Americana”, en *Ambiente Jurídico*, Manizales, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad de Manizales, No. 12, 2010, y “La Integración jurídica americana: pensar en grande, actuar en pequeño”, en *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*, Lima, año 7, No. 316, 2010.
2. La bibliografía sobre la globalización y sus diversos aspectos económicos, políticos, sociales y jurídicos es prácticamente inabarcable. En un intento de orientar al lector interesado, cabe referirlo a las siguientes obras generales y de fácil acceso: Jagdish Bhagwati, *En defensa de la globalización. El rostro humano de un mundo global*, traducción de Verónica Canales, Barcelona, Arena, 2005; Jorge Basave et al. coord., *Globalización y alternativas incluyentes para el siglo XXI*, México, Facultad de Economía de la UNAM/UAM, 2002; Zygmunt Barman, *La globalización. Consecuencias humanas*, traducción de Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2006; Ulrico Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998; Juan Ramón Capella, *Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 1999; Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comps., *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa/UNAM, 2001; Juan Ignacio Catalina Ayora y Juan Miguel Ortega Perol, coords., *Globalización y derecho*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003; Guillermo de la Dehesa, *Comprender la globalización*, Madrid, Alianza, 2007; 3a. ed.; Xavier Díez de Urdanivia, *El Estado en el contexto global*, México, Porrúa, 2008; Rafael Domingo, Martín Santiváñez y Aparicio Caicedo, coords., *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al Derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006; José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada*, traducción de Carlos Lema, Madrid, Trotta, 2001; Francesco Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005; Anthony Giddens, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, traducción de Pedro Cifuentes, México, Taurus, 1999; Paolo Grossi, *De la codificación a la globalización del Derecho*, traducción de Rafael D. García P., Navarra, Thomson Aranzadi, 2010; Octavio Ianni, *Teorías de la globalización*, traducción de Isabel Vericat, México, Siglo XXI/UNAM, 2006, 7a. ed.; Marcos

A partir de la segunda mitad del siglo XX confluyeron diversos factores que han contribuido a una mayor interdependencia entre las sociedades pertenecientes a los distintos Estados, tales como: a) la posibilidad y la conveniencia económica de articular mercados transfronterizos de producción y consumo; b) la posibilidad y la conveniencia económica de atraer la inversión de capitales extranjeros; c) la masificación y reducción de los costos del transporte y las comunicaciones en todos los órdenes; d) la intensificación de las relaciones personales, sociales y culturales de índole internacional; e) el flujo cotidiano de crecientes volúmenes de información; f) el crecimiento y la movilidad de la población mundial; y g) el debilitamiento del poder político del estado nacional, entre otras muchas, que han convergido en la conformación de una especie de sistema mundial, de perfiles todavía indefinidos y ambivalentes, pero que se nos presenta como una realidad dinámica ciertamente irreversible.

Pero los acercamientos regionales y la conformación de bloques no responde solamente al fenómeno de la globalización, sino, para ser más exactos, al doble proceso conocido como “glocalización” (globalización + localismos).³

Y es que la otra cara de la moneda –puesta en evidencia por la famosa expresión de Marshall McLuhan: la “aldea global”– envuelve la reviviscencia de los localismos. Dichos localismos constituyen una reacción –por cierto complementaria– de las comunidades tradicionales intraestatales –regiones históricas, comunidades autonómicas, pueblos indígenas, tribus africanas, ciudades, municipios, etcétera– que fueron engullidas por el Estado moderno y que con su debilitamiento han encontrado, paradójicamente, mayores espacios de autoafirmación en el contexto de la globalización, reivindicando no solamente sus mercados locales, sino también, sobre todo, su cultura, sus formas de organización política y, desde luego, su derecho.

Kaplan, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002; Sergio López Ayllón, *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica*, s.l., IIJ-UNAM, 2004; Antonio Celso Baeta Minhoto, *Globalização e Direito*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004; Moisés Moreno Hernández, coord., *Globalización e internacionalización del derecho penal*, México, CEPOLCRIM, 2003; George Soros, *Globalización*, traducción de Rafael Santandreu, Barcelona, Planeta, 2002; Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, traducción de Carlos Rodríguez Braun, México, Taurus, 2002; Joseph Stiglitz, *¿Cómo hacer que funcione la globalización?*, traducción de Amado Diéguez y Paloma Gómez, México, Taurus, 2006; Jesús Villagrasa, *Globalización. ¿Un mundo mejor?*, México, Trillas/Universidad Anáhuac, 2003; Danilo Zolo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, traducción de Roger Campione, Madrid, Dykinson, 2005.

3. El término glocalización se acuña, hacia la década de 1980, por Ulrich Beck y Roland Robertson. Al respecto, observa Miguel Carbonell: “Paradójicamente, la globalización genera no solamente prácticas supranacionalizadoras, sino también efectos disgregadores... Algunos autores señalan este doble efecto de la globalización (hacia arriba, pero también hacia abajo) y sostienen que sería mejor hablar de ‘glocalización’, para dar cuenta de la combinación de energías...”. Miguel Carbonell, “Globalización y derecho: siete tesis”, en Luis T. Díaz Müller, coord., *Globalización y derechos humanos*, México, UNAM, 2003, p. 3.

Lo interesante de destacar aquí es que la articulación jurídica de la glocalización y de los bloques regionales, que se ha venido desenvolviendo durante los últimos sesenta años, está redefiniendo los perfiles actuales de nuestra tradición jurídica y el mismo concepto del derecho en nuestro tiempo.⁴

Los procesos de integración –resultado de la acción simultánea de la globalización y de los localismos– han venido a poner en entredicho, por lo menos en los países pertenecientes a la tradición del *civil law*, los paradigmas jurídicos de la codificación nacionalista del siglo XIX y del positivismo legalista del siglo XX, desdibujando la “imagen piramidal” de un sistema legal estatal, territorialista, monista, sistemático y jerarquizado, que está siendo sustituido por un nuevo ordenamiento jurídico plural, donde se entrecruzan, a la manera de “redes horizontales colaborativas”, normas, reglas y principios supranacionales, internacionales, estatales e intraestatales, que se encuentran conformando una nueva dogmática jurídica.

Pero, además, el derecho de la integración se encuentra también vertebrando a las demás disciplinas jurídicas especializadas, hasta el punto de que en el ámbito europeo se habla desde hace ya varios años de un derecho constitucional comunitario, de un derecho privado –civil y mercantil– comunitario, de un derecho penal, medioambiental, asistencial, cultural, etcétera, de naturaleza comunitaria, es decir, de un nuevo derecho de índole colaborativa y armonizadora, que está articulando a las ramas tradicionales de la jurisprudencia técnica.⁵

Más aún, desde hace treinta años se ha venido retomando por diversos tratadistas europeos la expresión –y hasta algunos préstamos metodológicos– del *ius commune* europeo bajomedieval, para desarrollar un derecho que tienda hacia la colaboración, articulación y armonización de los *iura propria* –derecho supranacional, internacional, regional, estatal, local– dentro del nuevo contexto del pluralismo jurídico.⁶

La enorme importancia jurídica de la integración no debe pasar desapercibida por los juristas, abogados practicantes y estudiosos del Derecho, a pesar de que no se le ha dedicado todavía el lugar que merece en la enseñanza del derecho dentro de nuestro continente. Por ello resulta necesario abordar este trascendental tema, que por lo de-

4. Cfr. Juan Pablo Pampillo Baliño, *Historia general del Derecho*, México, Oxford University Press, 2008.

5. En general, véase a Ricardo Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007; y, Rogelio Pérez-Bustamante, *Historia política y jurídica de la Unión Europea*, Madrid, Edisofer, 2008.

6. Véase el libro pionero de Ricardo Alonso García, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense/Civitas, 1989. Vale la pena también, entre la abundante literatura sobre este tema, remitirse a la interesante reflexión iusfilosófica que hace Gregorio Robles Morchón, *Pluralismo jurídico y relaciones interstistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del derecho*, Navarra, Thompson-Civitas/Cizur Menor, 2006.

más, constituye una materia diversa y novedosa, no subsumible dentro de los ámbitos tradicionales ni del derecho internacional, ni del comercio exterior.

Ciertamente el derecho de la integración o derecho comunitario, a pesar de haber aparecido hace apenas sesenta años, ha revolucionado los parámetros formales del derecho internacional y los límites materiales del comercio internacional.⁷

Por lo que hace a lo primero, vale la pena señalar que el derecho internacional público tradicionalmente se había ocupado de regular las relaciones entre los sujetos del derecho internacional –principalmente los estados– y solo hasta el siglo XX de configurar también organismos internacionales.⁸ Sin embargo, dicho derecho internacional público –tanto el cooperativo como el asociativo–, más allá de sus normas de *ius cogens* y de algunas disposiciones más bien excepcionales dentro del ámbito del derecho convencional de los tratados (*ius dispositivum*), se trata de un derecho que establece precisamente la coordinación entre los estados, mientras que el derecho comunitario de la integración regional: a) establece más bien un ordenamiento jurídico completo que viene a insertarse en los ordenamientos particulares de los estados parte; b) que se supraordina a los derechos internos de los países signatarios; c) que, aunque parte de tratados internacionales (derecho originario), es desarrollado ulteriormente por una estructura institucional (derecho derivado) a partir de una lógica supranacional; d) que envuelve una auténtica cesión de soberanía, usualmente reconocida a través de una cláusula de habilitación de las Constituciones de los estados parte; e) y que, además, por regla general, es de aplicación inmediata y tiene un efecto directo sobre los particulares.⁹

Igualmente, por lo que respecta al ámbito material del derecho comunitario, este no puede considerarse agotado por los instrumentos de integración propios del comercio internacional que van desde las zonas de libre comercio hasta el mercado común pasando por la unión aduanera y sus respectivos mecanismos de solución de controversias. Tras el mercado común se encuentra todavía la unión económica, pero, sobre todo, queda aún el último tramo considerado por los estudiosos de esta novedosa materia, que se denomina como la integración total.¹⁰

Si bien el derecho comunitario puede gestarse a partir de la evolución de dichos esquemas de integración económica –que pueden incluso considerarse como una fase

7. Calogero Pizzolo, *Derecho e integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*, Buenos Aires, Ediar, 2010.

8. Cfr. Max Sorensen, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 63 y ss.

9. Cfr. Calogero Pizzolo, *Derecho e integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*. Ver también Sandra C. Negro, dir., *Derecho de la integración*, Buenos Aires, Euros Editores, 2010.

10. Cfr. Raúl Granillo Ocampo, *Derecho público de la integración*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, 2007.

embrionaria del mismo—, lo cierto es que no se limita a la consecución de las libertades económicas básicas de la integración (libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios), sino que comprende también la regulación de ciertas políticas sectoriales básicas para la consolidación económica, como lo son las de la competencia, la fiscal, la comercial, la del consumidor y hasta la laboral.

Más aún, en el caso de la Unión Europea, desde el último tercio del siglo XX se buscó ampliar el horizonte de la construcción de la “Europa de los Mercaderes” propiciando el desarrollo de políticas sectoriales en muy diversos ámbitos sociales y culturales, que abarcaron lo mismo aspectos de protección de la salud que del medio ambiente. Pero, además, la integración regional a través del derecho comunitario comprende la protección de los derechos fundamentales y la misma formación de una ciudadanía regional, que permita revertir el déficit democrático propio de una estructura conformada a partir de un tratado internacional, buscando mecanismos para asegurar su representatividad política, así como ofrecerle a los habitantes de la región diversas facilidades y beneficios en materia de circulación y residencia. Adicionalmente, debe considerarse también la asunción de posturas internacionales comunes así como la cooperación en diversos ámbitos policiales y de justicia como una característica propia de los desarrollos más profundos de la integración jurídica.

Por las razones anteriormente expuestas, las actuales teorías y experiencias de integración han mostrado que el elemento económico es solo uno de los múltiples nexos que propician la articulación regional de estados, debiéndose también tomar en cuenta, de manera particularmente especial cuando se buscan integraciones más estrechas, los nexos de índole geográfica, social, cultural y política.¹¹

En fin, la misma progresividad del derecho comunitario permite anticipar que incluso sus actuales fronteras, ciertamente dilatadas, continuarán todavía extendiendo su ámbito material e importancia.

De hecho, hoy por hoy, el derecho de la integración, según varios estudiosos, presupone: a) la estabilidad política de los estados a integrarse; b) su estabilidad económica; c) el consenso social de su ciudadanía; d) la promoción de un derecho precomunitario que permita la integración; y e) la articulación de las regiones intraestatales. Además, abarca como sus objetos —según se dijo— la integración económica, social, cultural y política. Más aún, tiene como sus fines propios: a) el afianzamiento de la paz; b) el desarrollo económico; c) el enriquecimiento cultural y espiritual de los pueblos. Y dichos presupuestos, objetos y fines pueden ya darnos una idea de la amplitud de sus ámbitos materiales actuales.¹²

11. Cfr. Sandra C. Negro, *Derecho de la integración*.

12. Cfr. Alberto M. Sánchez, *Derecho de la integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*, Buenos Aires, RAP, 2004.

Finalmente, por lo que respecta a los principios generales del derecho comunitario, la doctrina generalmente reconoce los siguientes: a) autonomía, por cuanto que su derecho no se configura a partir de la lógica de los derechos de los estados parte, sino de una lógica propia, de naturaleza comunitaria y por ende comparativa e histórica; b) operatividad, por cuanto que por regla general es de aplicación inmediata y efecto directo, sin necesidad de acto normativo estatal de recepción ulterior; c) supranacionalidad; d) primacía; e) competencia, subsidiariedad y proporcionalidad; f) colaboración e interpretación concurrente; y g) progresividad.¹³

Cabe insistir que dentro del ámbito de nuestra región y más allá de la accidentada superposición de diversos esquemas, así como de la falta de condiciones propicias, en el actual contexto político, para que pueda producirse en el inmediato plazo una verdadera integración continental (panamericana) o subcontinental (latinoamericana o iberoamericana) siquiera, conviene que los juristas americanos vayan familiarizándose con un tema que, indudablemente, habrá de convertirse en central en las próximas décadas.

UN TRAYECTO ACCIDENTADO, UN DESTINO APARENTEMENTE INCIERTO

En el ámbito de la integración regional, además del caso europeo –hasta el momento, sin duda, el más completo y exitoso–, conviene tener presente también la existencia del Acuerdo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) en Asia del Este, de la Asociación del Sur de Asia para la Cooperación Regional, de la Unión Aduanera Sudafricana en el Sur de África y de la Asociación Sudasiática de Cooperación Regional (SAARC).¹⁴

También es necesario recordar que, en nuestro hemisferio, la idea y los proyectos de la integración regional –tanto continental panamericana como subcontinental latinoamericana–

13. Cfr. María Teresa Moya Domínguez, *Derecho de la integración. Mercosur, Unión Europea y Comunidad Andina. Estudio Comparado*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 88 y ss.

14. En general sobre el tema de la integración regional pueden verse con provecho las siguientes obras: Peter Häberle, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli y Ermanno Vitale, *La constitucionalización de Europa*, México, UNAM, 2004; Manfred Mols, “La integración regional y el sistema internacional”, en Shoji Nishijima y Peter Smith, coords., *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la cuenca del Pacífico*, México, CIDAC, 1997; María Teresa Moya Domínguez, *Derecho de la Integración. Mercosur, Unión Europea y Comunidad Andina. Estudio comparado*, Buenos Aires, EDIAR, 2006; José Calogero Pizzolo, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general. Mercosur, Unión Europea, Comunidad Andina, SICA*, Buenos Aires, EDIAR, 2002; y María Serna de la Garza, coord., *Derecho comparado Asia-México. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2007.

mericana y hasta transatlántica o iberoamericana— han estado presentes y se remontan a los comienzos del siglo XIX... al sueño bolivariano, a la doctrina Monroe, al Congreso de Panamá de 1826 y a la Conferencia Internacional de los Estados Americanos de 1899, entre otras muchas iniciativas que aún no han podido concretarse.¹⁵

Lamentablemente hoy en día nos encontramos con un intrincado, complejo y entrecruzado sistema, que se encuentra conformado por una diversidad de tratados y organismos —más de 90 acuerdos sectoriales y de 50 tratados y protocolos— de los cuales se puede ofrecer una somera noticia en el cuadro:

Así, el Sistema Interamericano constituye una yuxtaposición de los más diversos esquemas de cooperación internacional, que van desde meras uniones aduaneras como el Mercado Común del Caribe, hasta mercados comunes como el MERCOSUR, algunos incluso diseñados conforme a esquemas supranacionales como la CAN, pasando por Tratados de Libre Comercio como el TLC, organismos internacionales como la OEA, sin contar las múltiples cumbres y grupos de concertación política como destacadamente son CELAC y el ALBA.¹⁶

-
15. Sobre los orígenes, desarrollos y estructuras de la integración americana, pueden consultarse en general las siguientes obras: Filiberto Pacheco Martínez, *Derecho de la integración económica*, México, Porrúa, 2002; Ignacio Gómez-Palacio, *Derecho de los negocios internacionales*, México, Porrúa, 2006; Marcos Kaplan, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002, pp. 417 y ss.; Jorge Witker y Arturo Oropeza, comps., *México-Mercosur. Los retos de su integración*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004; Jorge Witker, edit., *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993; Loretta Ortiz Ahlf, Fernando A. Vázquez Pando y Luis Miguel Díaz, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América de Norte y sus Acuerdos Paralelos*, México, Themis, 1998, 2a. ed.; Alicia Puyana, coord., *La integración económica y la globalización. ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?*, México, Flacso/Plaza y Valdés, 2003; Gregorio Vidal, coord., *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, Cámara de Diputados/UAM/INTAM/Miguel Ángel Porrúa, 2006; Francisco R. Dávila Aldás, *Globalización-integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, Fontamara, 2002; Edgar Vieira Posada, *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana/Convenio Andrés Bello, 2008; Daniel Villafuerte Solís y Xochitl Leyva Solano, coords., *Geoeconomía y geopolítica en el área del Plan Puebla Panamá*, México, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, 2006.
 16. Sobre la integración americana en general pueden verse —entre muchas obras— las siguientes: Francisco R. Dávila Aldás, *Globalización-integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, Fontamara, 2002; Germán A. de la Reza, *Integración económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*, México, UAM/Plaza y Valdés, 2006; Ernesto Enríquez Rubio, *Un marco jurídico para la integración económica de América Latina*, México, Tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, 1969; Héctor Fix Fierro, et. al., eds., *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003; Peter Häberle y Markus Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, traducción de Héctor Fix Fierro, México, UNAM, 2003; Luis León, coord., *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores/Fondo de Cultura Económica, 1999; Filiberto Pacheco Martínez, *Derecho de la integración económica*, México, Porrúa, 2002; José Isidro Saucedo González, *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*, México, IIJ-UNAM, 1999; José Gregorio Vidal, coord., *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, Cámara de Diputados/UAM/INTAM/Miguel Ángel Porrúa, 2006; José Vidal Beneyto, Ricardo Alonso García y otros, *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, Fundación AMELA, 2009; Jorge Witker, coord., *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, UNAM, 2004; Jorge Witker y Arturo Oropeza, coords., *México-*

Abreviatura	Nombre	Objeto	Países miembros
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración	Acuerdos sectoriales para promover la integración que sustituyeron a una entidad anterior, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1980.	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
ALBA	Alianza Bolivariana para América	Organismo intergubernamental que se propuso como alternativa de colaboración para la integración respecto del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) impulsada por los EE. UU., desde la ideología de izquierda promovida por Bolivia, Venezuela y Cuba.	Antigua y Barbuda, Bolivia, Cuba, Dominica, Ecuador, Nicaragua, San Vicente y las Granadinas, y Venezuela
CAN	Grupo Andino o Comunidad Andina	Unión Aduanera, a partir de 1992, aunque los tratados originales son de 1969, a partir de la creación del Sistema Andino de Integración, cobran mayor fuerza sus elementos supranacionales.	Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela.
CARICOM	Comunidad y Mercado Común del Caribe	Unión Aduanera firmada en 1973.	Miembros originales: Barbados, Guyana, Jamaica, y Trinidad y Tobago.
CELAC	Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños	Organismo intergubernamental sucesor del Grupo de Río, con el objeto de promover la integración del subcontinente, creado por la Declaración de Cancún, México, en 2010. El Grupo de Río, por su parte, era un Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política consistente en reuniones anuales de Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y del Caribe, establecidas desde 1986, cuyo antecedente fue el Grupo Contadora creado en 1983 para promover la paz en Centroamérica y que era considerado por algunos como una alternativa a la OEA sin el peso específico de Estados Unidos ni Canadá.	Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominicana, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Mercosur. Los retos de su integración, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004.

Cumbre Iberoamericana	Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno	Reuniones anuales temáticas de Jefes de Estado y de Gobierno de países donde se habla el español o el portugués, iniciadas en 1991, que han establecido diversos organismos para la cooperación, principalmente en materia cultural.	Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.
G3	Grupo de los Tres	Tratado de Libre Comercio, firmado en 1994 e incorporado al ALADI.	México, Venezuela y Colombia.
MERCOSUR	Mercado Común del Sur	Unión Aduanera firmada en 1991 y en vigor desde 1994.	Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay.
OEA	Organización de Estados Americanos	Organismo Internacional Multilateral Regional Continental, creado para fortalecer la cooperación hemisférica, defender los intereses comunes y debatir los grandes temas de la región. Comprende a su vez la compleja articulación de diversos organismos especializados y diversas entidades, entre las que se pueden destacar: el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Comisión Económica para la América Latina y el Caribe de la ONU (CEPAL), la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Mujeres, el Comité Jurídico Interamericano, las Cumbres de las Américas, el Instituto Indigenista Interamericano, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano del Niño, el Instituto Panamericano de Geografía e Historia, la Organización Panamericana de la Salud.	Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba (*), Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. (*) <i>Suspendida desde 1962</i>
SICA	Sistema de Integración Centroamericano o Mercado Común Centroamericano	Unión Aduanera que se orienta hacia un Mercado Común, desde 1960, empleando técnicas supranacionales.	Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.
TLC o TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte	Zona de Libre Comercio en vigor desde 1994.	EUA, Canadá y México.

UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas	Organismo intergubernamental para fomentar la cooperación y la integración en diversos ámbitos (económico, político, cultural y social), constituido por el Tratado de Brasilia de 2008, en vigor internacional desde marzo de 2011.	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. México ha expresado su interés de incorporarse como asociado.
--------	---------------------------------	--	---

Pero, además de dicha yuxtaposición de esquemas contrapuestos, nos encontramos también con proyectos de integración geográfica, económica y culturalmente heterogéneos, es decir, que abarcan distintos países, tanto a nivel panamericano, norteamericano, sudamericano, iberoamericano, latinoamericano, centroamericano y del Caribe.

Peor aún, dentro de los anteriores esquemas yuxtapuestos de integración heterogénea, ha prevalecido una lamentable brecha entre el discurso y los hechos, entre los proyectos y su concreción, dando lugar a una serie de duplicidades y contraposiciones entre los organismos, que desperdician recursos y esfuerzos comunes.¹⁷

Bastaría contrastar el porcentaje del comercio intra-regional europeo del 75%, o del asiático, que supera el 50%, con el 20% que representa el total del comercio interno dentro de nuestra región latinoamericana para dimensionar la medida del desperdicio y de la oportunidad.

Y todo lo anterior, sin contar la terrible persistencia –en el ámbito latinoamericano y del Caribe– de la pobreza, la desigualdad, el narcotráfico, la corrupción y algunos gobiernos aún pendientes de transitar a la democracia, asegurar el respeto a los Derechos humanos y liberalizar su economía.¹⁸

17. Desde 1986 observaba el Instituto para la Integración de América Latina: “Para que la potencialidad del mercado ampliado pueda ser aprovechada, existe la necesidad de superar la distancia actual entre los resultados obtenidos en la cooperación, consulta y coordinación y sus potencialidades. En otros términos, entre las declaraciones y decisiones adoptadas a nivel político y su traducción en medidas y acciones concretas.” INTAL, *El proceso de integración en América Latina en 1986*, Buenos Aires, INTAL/BID, 1987, p. 253.

18. Con toda razón observa Oropeza García: “Después de más de dos siglos de pensar en una sola América (1805-2007), y de cerca de cincuenta años de hablar de su integración formal en América Latina (1960-2007), muchos de los estudiosos sobre el tema, y de manera especial, los nuevos estudiantes de las áreas económico-sociales que se acercan a él, se preguntan con un gran dejo de escepticismo si vale la pena invertir su tiempo en un largo periodo sembrado de buenos deseos y de múltiples instituciones, pero que al final nos dan como saldo una región dividida, conformada a través de cinco esquemas formales de integración (Sistema de Integración Centroamericana SICA, Asociación Latinoamericana de Integración ALADI, Comunidad del Caribe CARICOM, Mercado Común del Sur MERCOSUR, Comunidad Andina CAN), pulverizada en su comercio zonal con más de cincuenta tratados de libre comercio, que de manera conjunta, arrojan un comercio intraregional de tan solo quince por ciento promedio.” Arturo Oropeza García, “Latinoamérica en su Laberinto o los Retos de su Integración”, en Jorge Wiker y Arturo Oropeza, coord., *México-Mercosur. Los retos de su integración*, México,

Antes de adelantar algunas reflexiones jurídicas que pudieran servir para la adecuada conformación jurídica de un verdadero *ius commune* americano, conviene sin embargo enunciar, por lo menos, algunos aspectos de naturaleza política y económica.

El primero consiste en la aparente vocación latinoamericana y caribeña de diversos esquemas de integración, que parece hacer de lado los proyectos de integración panamericanos e iberoamericanos. A primera vista —por lo menos considerando la experiencia europea—, dicha vocación exclusivista podría constituir un grave error.

Desde un punto de vista cultural, los vínculos existentes entre los países iberoamericanos son mucho más sólidos que los que se perciben entre los miembros de la Comunidad Latinoamericana y del Caribe, por encontrarse basados en una tradición lingüística e histórica común. En ese sentido, sería deseable que los esquemas latinoamericanos y del Caribe se articulasen no solamente con las instituciones subregionales, sino también con la Cumbre Iberoamericana, cuyos organismos de cooperación en materia cultural han venido concretando en los últimos años importantes proyectos que han fortalecido la identidad común de los países que integran este foro transatlántico.¹⁹

Por otro lado, desde un punto de vista económico, no puede desatenderse tampoco la importancia de América del Norte, en especial de los Estados Unidos de Norteamérica, descartándolos sin mayores consideraciones.²⁰ Es verdad que la presencia de Norteamérica, y en especial de los Estados Unidos dentro del seno de la OEA, ha supuesto de *facto* una presencia hegemónica para el resto de los países del continente que ha suscitado no pocos recelos por parte de los países que conforman el Grupo de Río-CELC. Sin embargo, no debe olvidarse que la integración europea partió precisamente del eje franco-alemán, cuya conformación parecía entonces impenable en vista de las rivalidades y suspicacias existentes entre dos países enfrentados, apenas unos pocos años antes, durante la Segunda Guerra Mundial.

Más aún, en la construcción europea se han incorporado países no solamente rivales, sino pertenecientes a tradiciones culturales y lingüísticas bastante distantes entre sí como Gran Bretaña, Finlandia, Grecia, Lituania y Polonia, entre las 27 naciones que actualmente conforman la Unión.²¹

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004, pp. 213 y 214.

19. Cfr. Edwin R. Harvey, *Relaciones culturales internacionales en Iberoamérica y el Mundo*, Madrid, Tecnos, 1991.
20. Sobre las relaciones de los Estados Unidos con los diferentes países de la región latinoamericana, véase *Revista Foreign Affairs Latinoamérica*, vol. 8, No. 4, México, ITAM, 2008.
21. Cfr. Antonio Truyol, *La integración europea: análisis histórico-institucional con textos y documentos*, s.l., Tecnos, 1999.

Lo anterior ha sido posible mediante el establecimiento de ciertos requisitos previos que deben satisfacerse antes de ingresar a la Comunidad, así como a través de un complejo diseño institucional que ha desarrollado nuevas y novedosas maneras de ponderar el voto de los países dentro de una organización supranacional, considerando, para efectos de la legitimidad democrática de las decisiones, junto con el principio de igualdad de los países, el factor demográfico.²²

Adicionalmente habría que revalorar el que la integración regional no se ha producido en otras latitudes –y por ello ha fracasado entre nosotros– por el solo efecto de los buenos deseos, de los grandes proyectos, o de las pomposas declaraciones. Se ha hecho necesario, previamente, ir acercando los intereses particulares de los estados parte hasta conformar intereses auténticamente comunes.

Vale la pena recordar en el ámbito europeo que, ante el naufragio de varios proyectos previos de federación política y económica, quizá demasiado ambiciosos, el mérito de haber indicado el camino hacia la integración le corresponde a Robert Schuman, a su realismo político y a su visión de largo alcance a partir de la búsqueda de un acercamiento de intereses económicos y políticos en torno a bienes estratégicos, como lo fue, en el caso de Europa, el carbón y el acero primero y después la energía atómica.

En ese sentido, la gran diversidad y riqueza de nuestro continente permitiría optar de entre un amplio menú de posibilidades, que irían desde aquellos bienes y servicios propios del sector primario (materias primas, agricultura, pesca, extracción de metales), hasta los comprendidos por los –recientemente propuestos– sectores cuaternario (información y conocimiento) y quinario (cultura, entretenimiento, educación, arte), pasando por los tradicionales sectores secundario (industria, por ejemplo petrolera) o terciario (servicios como el turismo).

También, retomando la experiencia europea, será necesario abandonar el principio de “la igualdad soberana de los Estados” para dar lugar a la conformación de un “organismo supranacional” cuyas determinaciones no queden en el limbo de las recomendaciones, sino que alcancen una validez jurídica obligatoria y una auténtica eficacia para los estados parte, sin demérito de la preservación de su autonomía de gobierno con base en el principio de subsidiariedad. El derecho y la garantía de su observancia son los únicos pilares posibles para una comunidad formalmente jurídica de contenido económico, social, cultural y político supranacional.

22. Cfr. Ricardo Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*.

LA FORMACIÓN DE UN NUEVO *IUS COMMUNE* AMERICANO

La conformación de un derecho comunitario –*ius communitatis*– americano requerirá también de la armonización de los derechos propios –*iura propria*– de la región (comunidades intraestatales, países y bloques) que, eventualmente, habrá de generar a su vez el surgimiento de un derecho común –*ius commune*– propio de las naciones de nuestro continente.

Ahora bien, tanto la conformación de un derecho comunitario, cuanto la creación de un derecho común, tendientes a facilitar el libre flujo de los factores de la producción –bienes, servicios, personas y capitales– en un marco jurídico de libertad y seguridad que propicie la unidad en la diversidad para el mejoramiento de la calidad de vida, la garantía de los derechos humanos, la consolidación de la democracia participativa y la economía abierta, competitiva, sustentable e incluyente, requerirán una serie de esfuerzos que pudieran ser desarrollados, al menos en parte, por la comunidad jurídica americana, científica y forense.

Para ello conviene partir de una comprensión del contexto actual que nos permite sacar en limpio las siguientes conclusiones preliminares: a) la “glocalización” es un fenómeno presente en nuestro continente; b) en los últimos sesenta años, se ha verificado un importante avance en materia de integración regional, tanto a nivel continental como subcontinental; y c) actualmente, los distintos esquemas de integración americana se encuentran traslapados entre sí y atrofiados por su misma complejidad estructural y operativa, no habiendo podido contribuir aún al mejoramiento significativo de la calidad de vida en la región.

Más aún, también pudiera adelantarse que: a) no se perciben claramente en el horizonte inmediato las condiciones políticas ni económicas para avanzar y profundizar en la integración regional –así se desprende de los impulsos divergentes entre UNASUR, CELC, la hegemonía brasileña sobre el primero y la ambivalencia de México respecto de CELC y TLC–; y b) sin embargo, actualmente se aprecian diversos elementos que en el futuro mediano, hacen factible y probable –además de deseable– una integración más completa y eficiente.

Ahora bien, la falta de condiciones que en lo inmediato permita continuar y concluir la integración americana, no debe llevarnos a desatender el consejo que nos ha hecho recientemente P. Häberle: “es preciso llevar a cabo todo lo necesario para que

un continente como América Latina, con su riqueza multiétnica y multicultural, se reafirme también en la era de la globalización”.²³

Para ello, y dadas las actuales circunstancias, conviene que la sociedad civil y específicamente su sector académico aprovechen la coyuntura para adelantar sus trabajos en los ámbitos de la “investigación científica” y la “colaboración académica”. En dicho sentido, vale la pena identificar algunos de los aspectos –perspectivas y temas– de una investigación que pudiera favorecer la integración regional y la consecuente armonización jurídica.

Respecto de las perspectivas, vale la pena decir, que dada la magnitud de la empresa –construcción de un derecho comunitario o cooperativo para la integración económica, política, social y cultural del continente, así como armonización jurídica del derecho de la región para facilitar los flujos e intercambios dentro de un marco de seguridad– se requiere igualmente de una aproximación amplia, ambiciosa y compleja.

Refiriéndose en general a la integración regional, la doctrina ha puesto de relieve la necesidad de una “aproximación analítica interdisciplinaria”, que debe comprender, por lo menos, los distintos aspectos –económicos, políticos, sociales y culturales– de la misma.²⁴

Dicha aproximación interdisciplinaria permitiría: 1. A través de la “historia jurídica”, conocer mejor los orígenes, antecedentes, evolución, desarrollo, afinidades y divergencias, de los derechos que conforman nuestra tradición jurídica. 2. Mediante la “filosofía del derecho”, y a partir de la ubicación histórica de los principios e instituciones tradicionales, reflexionar sobre su vigencia e idoneidad para convertirse en reglas comunitarias y/o comunes, en la medida en la que se a-*jus*-ten a la realidad contemporánea y la rea-*jus*-ten conforme a los valores culturales vigentes y deseados. Y 3. Con base en las “ciencias jurídicas especiales”, o ramas de la jurisprudencia técnica –derecho civil, constitucional, mercantil, medioambiental, etcétera– y, especialmente, a través de un estudio de “derecho comparado”, identificar las similitudes, las diferencias y los aspectos comunes, respecto de cada una de las figuras jurídicas, así como en relación con las diversas reglas que las conforman.²⁵

23. Peter Häberle, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, p. 3.

24. Manfred Mols, “La integración regional y el sistema internacional”, p. 37.

25. La importancia del Derecho comparado y del método comparativo es fundamental para la integración y la armonización jurídica. Véase el excelente artículo de Konrad Zweigert, “El derecho comparado al servicio de la unificación jurídica”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año 9, No. 25, México, UNAM. 1956; entre nosotros cfr. a Héctor Fix-Zamudio, “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”, en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo, historia del derecho y derecho comparado*, vol. II, México, UNAM, 1979. En el mismo volumen vale la pena también el capítulo escrito por René David, “El derecho comparado en el siglo XX, balance y perspectivas”, más recientemente

El esfuerzo que supone la anterior aproximación parece, a primera vista, inabarcable, si consideramos los 35 países que actualmente pertenecen a la OEA, respecto de los cuales habría que estudiar su tradición jurídica histórica y sus elementos comunes actuales, cuestión tanto más compleja si se consideran algunas distancias entre los sistemas del *common law* y del *civil law*, así como algunos prejuicios que proceden de sus diferencias.²⁶

Sin embargo, la experiencia europea ha probado ya que esto es posible y que los resultados son de una utilidad extraordinaria. En efecto, vale la pena recordar los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando, que comenzó a trabajar en 1980 y que ha publicado entre 1995 y 2002 las primeras partes de su proyecto.²⁷

es la comunicación de Héctor Fix-Zamudio, “Tendencias actuales del derecho comparado”, en *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005. También con actualidad y en relación con el tema de la integración americana, P. Häberle nos ha recordado que “la fuerza creadora de la comparación jurídica actúa en dos planos y en dos formas: la comparación jurídica en manos del juez (constitucional, y del constitucionalista), y como comparación jurídica al servicio de la política jurídica” en Peter Häberle, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, p. 15.

26. Véase Jorge Sánchez Cordero, *Los Informes Doing Business del Banco Mundial. Reflexiones mexicanas*, México, IIJ-UNAM, 2006; y Jorge Sánchez Cordero, trad. y edit., *Los sistemas de derecho de tradición civilista en predicamento*, México, Trabajos de la Asociación Henri Capitant, IIJ-UNAM, 2006.

27. Su método –que han seguido el propio Ole Lando y el profesor Reinhard Zimmermann, entre otros muchos juristas– ha pretendido un acercamiento entre la tradición continental romanista y la anglosajona. Lo anterior mediante la discusión por temas, a partir de una ponencia previamente preparada –sobre problemas e instituciones en materia de obligaciones y contratos– con base en un análisis de derecho comparado, para después elaborar un borrador, que, junto con los artículos –principios y soluciones– correspondientes, incluiría una nueva versión explicativa de sus orígenes, grado de convergencia en el plano europeo, e idoneidad para resolver los conflictos jurídicos de su especie en el futuro. Cfr. Fernando Martínez Sanz, “Principios de derecho europeo de los contratos (comisión Lando)”, en Sergio Cámara Lapuente, coord., *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 193 y ss. Véase también Giovanni Luchetti e Aldo Petrucci, *Fondamenti di Diritto Contrattuale Europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law Della Commissione Lando*, Bologna, Patron Editore, 2006. Considérese igualmente como una iniciativa similar a la anterior el *Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos*, elaborado por la Academia de Privatistas Europeos bajo la batuta del jurista italiano Giuseppe Gandolfi, en el que participaron destacados romanistas, historiadores del derecho, juristas y comparatistas como el propio Gandolfi, A. Trabucchi, José Luis de los Mozos y F. Wieacker, por solo mencionar algunos. Cfr. Gabriel García Cantero, “El Anteproyecto de código europeo de contratos (proyecto Gandolfi o Grupo de Pavia)”, en Sergio Cámara Lapuente, *Derecho privado europeo*, pp. 205 y ss. Véase también de Giuseppe Gandolfi, “Per la redazione di un ‘codice europeo dei contratti’”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, No. 3, Milano, Giuffrè Editore, 1995. En fin, por solo citar un tercer proyecto, conviene mencionar uno realmente distinto a los demás y único en su género, emprendido por el Grupo de Trento o del *Common Core of European Law*, este grupo de trabajo se ha propuesto “desenterrar el núcleo común” del derecho europeo, buscando confeccionar un “mapa geográfico fidedigno del derecho privado europeo”, conformando para ello una especie de “cartografía jurídica” a partir de la identificación de problemas, soluciones e instituciones, con base en cuestionarios, sobre el derecho (leyes, reglamentos, sentencias, doctrina) de todos los países europeos. Véase a Sergio Cámara Lapuente, “El núcleo común del derecho privado europeo (proyecto de Trento)”, en *Derecho Privado Europeo*, pp. 227 y ss.

Desde luego que los anteriores trabajos requieren, por su magnitud y complejidad, de la colaboración interdisciplinaria, de la clara definición de metas y objetivos y de la distribución racional del trabajo. Pero son esfuerzos que en nuestro tiempo, además de ser practicables y utilísimos, están devolviéndole a la academia y a los juristas privados el *ius faciendui iuris* o capacidad de proponer y crear derecho.²⁸

Desde un punto de vista temático, sería deseable continuar y profundizar la investigación relativa a los “elementos jurídicos comunes” a los ordenamientos jurídicos de los diversos países del continente.

En este ámbito, puede decirse que la investigación se encuentra relativamente adelantada. En materia de “derecho público”, por ejemplo, Peter Häberle nos ha ofrecido un interesante panorama de los principales rasgos del *ius publicum commune* europeo, que en buena medida son aplicables al derecho público americano, como lo son: el reconocimiento de la libertad personal, la búsqueda de la justicia, la independencia de la jurisdicción, la neutralidad confesional e ideológica del estado y la estructura de un estado constitucional democrático, con una jurisdicción constitucional que garantice el Estado de Derecho.²⁹ Más aún, el propio Häberle ha observado como elementos de “derecho común”, recogidos en el derecho constitucional de la “comunidad Latinoamericana”, que constituyen como ciertos “rasgos de familia” “con fuerza distintiva”: a) el reconocimiento de la multiétnicidad y de la multiculturalidad; b) el mandato de superación del analfabetismo; c) las cláusulas sobre protección del patrimonio cultural; d) los detallados apartados relativos al sistema educativo, e) en materia de justicia constitucional el juicio de amparo; y f) una detallada regulación de las relaciones entre la Iglesia y el Estado.³⁰

En la misma línea de pensamiento, Jorge Carpizo ha propuesto añadir a los anteriores elementos comunes, los siguientes, que son en buena medida el resultado de

28. En este sentido y en relación precisamente con la unificación jurídica americana, a partir del derecho romano, el profesor Guzmán Brito observa que “El absolutismo legislativo de los modernos estados, ha impedido a los juristas desarrollar aquella misma labor que sus antepasados de gremio realizaron en tiempos anteriores”, realidad frente a la cual, la armonización jurídica puede “lograr que los juristas asuman el papel de ser los verdaderos depositarios del *ius faciendi iuris* a través de su actividad privada de estudiosos cuyas conclusiones sean recibidas selectivamente por quien tiene el poder de establecer formalmente lo jurídico”. Alejandro Guzmán Brito, “La función del Derecho Romano en la Unificación Jurídica de Latinoamérica”, en David Fabio Esborraz, coord., *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho. Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*, México. Porrúa/Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma “Tor Vergata”-CNR, 2006, pp. 180 y 181.

29. Cfr. Peter Häberle, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, en Peter Häberle y Markus Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, traducción de Héctor Fix Fierro, México, UNAM, 2003, pp. 17 y ss.

30. *Ibid.*, pp. 57-66. También son muy dignas de consideración las aproximaciones del constitucionalista peruano Domingo García Belaunde, particularmente sus dos artículos, “El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias” y “¿Existe un espacio público latinoamericano?”.

las reformas experimentadas por el derecho público de la región en los últimos veinte años: a) fortalecimiento de las instituciones democráticas; b) sistemas de justicia constitucional mixtos (europeo-centralizado + americano-difuso); c) generalización del *habeas data*; d) acogimiento de la figura del *ombudsman*; e) autonomía del ministerio público; f) mayor equilibrio entre poderes legislativo y ejecutivo; g) mayor independencia y profesionalización del poder judicial; h) reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, destacando la aceptación por parte de más de 20 países de la región de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; i) la judicialización de los actos y conflictos y electorales; y j) las funciones de fiscalización realizadas a través de un órgano específico con autonomía técnica.³¹

Por lo que respecta al ámbito del “derecho privado”, también se aprecia una interesante “línea de investigación” que ha venido destacando especialmente la “transfusión” del “derecho romano en América”.³² Dicha transfusión se ha producido durante la época de la hegemonía ibérica, a través de las *Siete Partidas* en los países dependientes de España y de las *Leis Imperiais* en el caso de Brasil, pero además ha perdurado a lo largo de buena parte siglo XIX hasta la codificación,³³ permaneciendo incluso a través de los códigos –muchos de ellos elaborados por juristas con una sólida formación romanista–³⁴ mediante el recurso subsidiario para la “integración legal” a la “equidad” y a los “principios generales del derecho”.³⁵

-
31. Cfr. Jorge Carpizo, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, en *Boletín de Derecho Comparado*, No. 114, México, IIJ-UNAM, 2005, pp. 972-985.
 32. Junto a los conceptos tradicionales de difusión y recepción –ampliamente usados por la historia del derecho y por la ciencia jurídica compadrada– la transfusión supone “la comunicación sucesiva entre varias fuentes, y la transfusión del Derecho romano, es el paso de fórmulas jurídicas procedentes de las fuentes del Derecho romano a través de las fuentes del Derecho, especialmente la doctrina, la ley y las decisiones judiciales”. Agustín Díaz Bialek, “La ‘transfusión’ del Derecho Romano en América Latina”, en David Fabio Esborraz, coord., *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho. Cuadernos del curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*, México, Porrúa/Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma ‘Tor Vergara’, 2006, p. 76. Una visión panorámica sobre el Derecho privado en América Latina la ofrece el excelente libro de Matthew C. Mirrow, *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Texas, University of Texas Press, 2004.
 33. Sobre el Derecho intermediario de transición entre la independencia y la codificación, dentro del cual subsiste la importancia del Derecho romano, véase Alejandro Guzmán Brito, *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006; para México el estudio clásico de María del Refugio González, *El derecho civil en México, 1821-1871, apuntes para su estudio*, México, IIJ-UNAM, 1998. Sobre la codificación en México véase el libro de Oscar Cruz Barney, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, IIJ-UNAM, 2004.
 34. Es el caso, por ejemplo, de Andrés Bello en Chile, de Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina, de Augusto Teixeira de Freitas y Clóvis Beviláqua en Brasil y de Miguel S. Macedo en México.
 35. Cfr. José Luis de los Mozos, “Codificaciones Latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho”, en *Revista Roma e América. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e In America Latina*, s.l., Mucchi Editore, 1996.

La anterior línea de investigación, que busca, según el profesor Schipani en el *ius Romanorum commune* un elemento “sistemático-histórico de unificación en devenir expansivo”,³⁶ se basa en la profunda influencia de la “cultura romanista”, que ha dado lugar, según Catalano, a un “bloque romano-ibérico-precolombino” que sería “el núcleo de un derecho común americano” caracterizado ante todo por “el mestizaje”.³⁷

Adicionalmente, la reflexión y los trabajos científicos en torno a la integración jurídica americana pueden ofrecer un espacio privilegiado para la consideración de los derechos indígenas, cuya pervivencia y reconocimiento constitucional en diversas comunidades, no puede ser desconocida. De hecho, uno de los particularismos característicos, típicos y diferenciales del *ius commune* americano se encuentra precisamente en el mestizaje jurídico, que ha supuesto la superposición, convivencia y fusión de diversas tradiciones jurídicas.³⁸

Finalmente, otro ámbito de estudio debe ser el del mismo derecho internacional y supranacional de la globalización y de la integración regional. El estudio del mismo resulta necesario no solamente en tanto que objeto directo de la integración jurídica regional, sino también en cuanto que existe una relación de influencia recíproca entre los derechos estatales, el derecho internacional y el nuevo derecho supranacional.³⁹

Respecto del derecho supranacional de la globalización, valdría la pena considerar, como ha puesto de relieve Danilo Zolo desde una “perspectiva crítica”, que dicho derecho debiera estar en un contacto muy directo con las realidades –económicas, políticas, sociales y culturales– que regula, es decir, que debiera concebirse desde una especie de “teoría impura del derecho” que no hiciera de lado, sino que antes bien pusiera en el centro, sus contenidos metajurídicos. Igualmente, como observa el

36. Sandro Schipani, “El Derecho Romano en el Nuevo Mundo”, en David Fabio Esborraz, coord., *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho. Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*, México, Porrúa/Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma ‘Tor Vergata’, 2006.

37. Pierangelo Catalano, “Identidad Jurídica de América Latina: Derecho Romano y Sistema Latinoamericano”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, No. 15, México, ELD, 1991, pp. 111 y ss.

38. Dentro de la amplia literatura sobre el tema, pueden verse en general Miguel Carbonell y Karla Pérez Portilla, coords., *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, 2002; Óscar Correas, coord., *Derecho Indígena Mexicano*, México, UNAM/CONACYT/Coyoacán, 2007; Carlos Humberto Durand, *Derecho indígena*, México, Porrúa, 2005. También véase Bartolomé Clavero, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008.

39. Como expresan con exactitud Fix Fierro y López Ayllón: “existe una relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional... Así, si es cierto que está surgiendo una cultura global o mundial, lo cierto es que esta existe también como parte de las culturas locales, en intercambio continuo con estas. Algo similar nos parece que ocurre con el derecho”. Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón, “El Impacto de la Globalización en la Reforma del Estado y el Derecho en América Latina”, en *El Papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, UNAM/The American Society of International Law, 1997, p. 328.

profesor Zolo, dicho derecho debiera “rechazar la idea monista y normativista” de un “único, omnicomprensivo ordenamiento jurídico”, dando cabida a una serie de “fuentes descentralizadas de producción y aplicación del derecho”. Por último, destaca el connotado iusglobalista italiano, dicho derecho de la integración debiera ser “un derecho supranacional mínimo”, que “según una lógica de subsidiariedad” permita “una especie de regionalización policéntrica”.⁴⁰

En definitiva, la sociedad civil de nuestro continente y muy particularmente su comunidad científica se encuentran en un momento particularmente apropiado para ir adelantando reflexiones, trabajos y propuestas concretas que tarde o temprano pudieran contribuir, significativamente, a una eventual integración jurídica de nuestras regiones, lo que, ciertamente, si se piensa con detenimiento, no parece en lo absoluto descabellado en el mediano plazo. Ojalá que así sea.

BIBLIOGRAFÍA

- Academia de Privatistas Europeos, *Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos*, s.l., Rustica, 2009.
- Alonso García, Ricardo, *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense y Civitas, 1989.
- *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007.
- Ayora, Juan Ignacio Catalina, Juan Miguel Ortega Perol, coord., *Globalización y derecho*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- Baeta Minhoto, Antonio Celso, *Globalização e Direito*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004.
- Barman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, traducción de Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Basave, Jorge, et al. coords., *Globalización y alternativas incluyentes para el siglo XXI*, México, Facultad de Economía de la UNAM/UAM, 2002.
- Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998.
- Bhagwati, Jagdish, *En defensa de la globalización. El rostro humano de un mundo global*, traducción de Verónica Canales, Barcelona, Arena, 2005.
- Calogero Pizzolo, José, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general. Mercosur, Unión Europea, Comunidad Andina, SICA*, Buenos Aires, EDIAR, 2002.

40. Danilo Zolo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, traducción de Roger Campione, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 121-133.

- Cámara Lapuente, Sergio, “El núcleo común del derecho privado europeo (proyecto de Trento)”, en *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003.
- Capella, Juan Ramón, *Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 1999.
- Carbonell, Miguel, “Globalización y derecho: siete tesis”, en Luis T. Díaz Müller, coord., *Globalización y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2003.
- Carbonell, Miguel, y Karla Pérez Portilla, coords., *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, 2002.
- Carbonell, Miguel, Rodolfo Vázquez, comps., *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa/UNAM, 2001.
- Carpizo, Jorge, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, en *Boletín de Derecho Comparado*, No. 114, México, IIJ-UNAM, 2005.
- Catalana, Pierangelo, “Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y sistema latinoamericano”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, No. 15, México, ELD, 1991.
- Clavero, Bartolomé, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008.
- Correas, Óscar, coord., *Derecho indígena mexicano*, México, UNAM/CONACYT/Editorial Coyoacán, 2007.
- Cruz Barney, Oscar, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, IIJ-UNAM, 2004.
- David, René, “El derecho comparado en el siglo XX, balance y perspectivas”, en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo, historia del derecho y derecho comparado*, vol. II, México, UNAM, 1979.
- Dávila Aldás, Francisco R., *Globalización-integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, Fontamara, 2002.
- De la Dehesa Guillermo, *Comprender la globalización*, Madrid, Alianza, 2007, 3a. ed.
- De la Garza, María Serna, coord., *Derecho comparado Asia-México. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2007.
- De la Reza, Germán A., *Integración económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*, México, UAM/Plaza y Valdés, 2006.
- De los Mozos, José Luis, “Codificaciones Latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho”, en *Revista Roma e América. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e In America Latina*, s.l., Mucchi Editore, 1996.
- Díaz Biale, Agustín, “La ‘transfusión’ del derecho romano en América Latina”, en David Fabio Esborraz, coord., *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho. Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*, México, Porrúa/Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma ‘Tor Vergara’, 2006.

- Díez de Urduvía, Xavier, *El Estado en el contexto global*, México, Porrúa, 2008.
- Domingo, Rafael, Martín Santibáñez, y Aparicio Caicedo, coords., *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006.
- Durand, Carlos Humberto, *Derecho indígena*, México, Porrúa, 2005.
- Enríquez Rubio, Ernesto, “Un marco jurídico para la integración económica de América Latina”, tesis profesional, México, Escuela Libre de Derecho, 1969.
- Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, traducción de Carlos Lema, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Fix Fierro, Héctor, et al., eds., *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003.
- Fix-Fierro, Héctor, y Sergio López Ayllón, “El Impacto de la globalización en la reforma del Estado y el derecho en América Latina”, en *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, UNAM/The American Society of International Law, 1997.
- Fix-Zamudio, Héctor, “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”, en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo, historia del derecho y derecho comparado*, vol. II, México, UNAM, 1979.
- “Tendencias actuales del derecho comparado”, en *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005.
- Galgano, Francesco, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- Gandolfi, Giuseppe, “Per la redazione di un ‘codice europeo dei contratti’”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, No. 3, Milano, Giuffrè Editore, 1995.
- García Belaunde, Domingo, *El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias*, s.l., disponible en [<http://www.garciabelaunde.com/articulos/Elconstitucionalismolatinoamericanoysusinfluencias.pdf>].
- “¿Existe un espacio público latinoamericano?”, s.l., disponible en [<http://www.garciabelaunde.com/articulos/Existeunespaciopublico.pdf>].
- García Cantero, Gabriel, “El Anteproyecto de código europeo de contratos (proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía)”, en Sergio Cámara Lapuente, *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003.
- Giddens, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, traducción de Pedro Cifuentes, México, Taurus, 1999.
- Gómez-Palacio, Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales*, México, Porrúa, 2006.
- González, María del Refugio, *El derecho civil en México, 1821-1871, apuntes para su estudio*, México, IIJ-UNAM, 1998.
- Granillo Ocampo, Raúl, *Derecho público de la integración*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, 2007.
- Grossi, Paolo, *De la codificación a la globalización del derecho*, traducción de Rafael D. García P., Navarra, Thomson Aranzadi, 2010.

- Guzmán Brito, Alejandro, “La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica”, en David Fabio Esborraz, coord., *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho. Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*, México, Porrúa/Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma ‘Tor Vergata’-CNR, 2006.
- Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006.
- Häberle, Peter, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum”, en Peter Häberle y Markus Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, traducción de Héctor Fix Fierro, México, UNAM, 2003.
- Häberle, Peter, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli y Ermanno Vitale, *La constitucionalización de Europa*, México, UNAM, 2004.
- Häberle, Peter, Markus Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, traducción de Héctor Fix Fierro, México, UNAM, 2003.
- Harvey, Edwin R., *Relaciones culturales internacionales en Iberoamérica y el mundo*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Ianni, Octavio, *Teorías de la globalización*, traducción de Isabel Vericat, México, Siglo XXI/UNAM, 2006, 7a. ed.
- INTAL, *El proceso de integración en América Latina en 1986*, Buenos Aires, INTAL/BID, 1987.
- Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002.
- León, Luis, coord., *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores/Fondo de Cultura Económica, 1999.
- López Ayllón, Sergio, *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica*, s.l., IJJ-UNAM, 2004.
- Luchetti, Giovanni, Aldo Petrucci, *Fondamenti di Diritto Contrattuale Europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law Della Commissione Lando*, Bolonia, Patron Editore, 2006.
- Martínez Sanz, Fernando, “Principios de derecho europeo de los contratos (comisión Lando)”, en Sergio Cámara Lapuente, coord., *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003.
- Mirrow, Matthew C., *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Texas, University of Texas Press, 2004.
- Mols, Manfred, “La integración regional y el sistema internacional”, en Shoji Nishijima y Peter Smith, coords., *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la cuenca del Pacífico*, México, 1997.
- Moreno Hernández, Moisés, coord., *Globalización e internacionalización del derecho penal*, México, CEPOLCRIM, 2003.

- Moya Domínguez, María Teresa, *Derecho de la integración Mercosur, Unión Europea y Comunidad Andina. Estudio comparado*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- Negro, Sandra, dir., *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Euros Editores, 2010.
- Oropeza García, Arturo, “Latinoamérica en su Laberinto o los Retos de su Integración”, en Jorge Wiker y Arturo Oropeza, coords., *México-Mercosur. Los retos de su integración*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004.
- Ortiz Ahlf, Loretta, Fernando A. Vázquez Pando y Luis Miguel Díaz, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América de Norte y sus acuerdos paralelos*, México, Themis, 1998, 2a. ed.
- Pacheco Martínez, Filiberto, *Derecho de la integración económica*, México, Porrúa, 2002.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Del Mos Europaeus al Mos Americanus Iura Legendi. Una propuesta de refundación de la Ciencia Nueva para la Integración Jurídica Americana”, en *Foro, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, No. 8, Madrid, Nueva Época/UCM, 2008.
- “Bases Jurídicas para la Integración Americana”, en *Temas de Derecho III*, México, Escuela Libre de Derecho, 2010.
- *Historia general del Derecho*, México, Oxford University Press, 2008.
- “Hacia una integración jurídica americana”, en *Ambiente Jurídico*, No. 12, Manizales, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad de Manizales, 2010.
- “La integración jurídica americana: pensar en grande, actuar en pequeño”, en *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*, año 7, No. 316, Lima, 2010.
- Pérez-Bustamante, Rogelio, *Historia política y jurídica de la Unión Europea*, Madrid. Edisofer, 2008.
- Pizzolo, Calogero, *Derecho e integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*, Buenos Aires, Ediar, 2010.
- Puyana, Alicia, coord., *La integración económica y la globalización. ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?*, México, Flacso/Plaza y Valdés, 2003.
- Robles Morchón, Gregorio, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del derecho*, Navarra, Thompson-Cívitas/Cizur Menor, 2006.
- Sánchez Cordero, Jorge, *Los informes Doing Business del Banco Mundial. Reflexiones mexicanas*, México, IIJ-UNAM, 2006.
- Sánchez Cordero, Jorge, trad. y edit., *Los sistemas de derecho de tradición civilista en predicamento*, México, Trabajos de la Asociación Henri Capitant, IIJ-UNAM, 2006.
- Sánchez, Alberto M., *Derecho de la integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*, Buenos Aires, RAP, 2004.
- Saucedo González, José Isidro, *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*, México, IIJ-UNAM, 1999.

- Schipani, Sandro, “El derecho romano en el Nuevo Mundo”, en David Fabio Esborraz, coord., *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho, Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*, México, Porrúa/Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma ‘Tor Vergara, 2006.
- Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Soros, George, *Globalización, traducción de Rafael Santandreu*, Barcelona, Planeta, 2002.
- Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, traducción de Carlos Rodríguez Braun, México, Taurus, 2002.
- Stiglitz, Joseph, *¿Cómo hacer que funcione la globalización?*, traducción de Amado Diéguez y Paloma Gómez, México, Taurus, 2006.
- Truyol, Antonio Truyol, *La integración europea: análisis histórico-institucional con textos y documentos*, s. l., Tecnos, 1999.
- Vidal Beneyto, José, Ricardo Alonso García, et al., *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, Fundación AMELA, 2009.
- Vidal, Gregorio, coord., *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, Cámara de Diputados/UAM/INTAM/Miguel Ángel Porrúa, 2006.
- Vieira Posada, Edgar, *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana/Convenio Andrés Bello, 2008.
- Villafuerte Solís, Daniel, Xochitl Leyva Solano, coords., *Geoeconomía y geopolítica en el área del Plan Puebla Panamá*, México, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, 2006.
- Villagrasa, Jesús, *Globalización. ¿Un mundo mejor?*, México, Trillas/Universidad Anáhuac, 2003.
- Witker, Jorge, y Arturo Oropeza, comps., *México-Mercosur. Los retos de su integración*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004.
- Witker, Jorge, coord., *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, UNAM, 2004.
- Witker, Jorge, edit., *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993.
- Zolo, Danilo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, traducción de Roger Campione, Madrid, Dykinson, 2005.
- Zweigert, Honrad, “El derecho comparado al servicio de la unificación jurídica”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año 9, No. 25, México, UNAM, 1956.

Fecha de recepción: 13 de julio de 2012
 Fecha de aprobación: 10 de septiembre de 2012

Separación de poderes públicos y entidades fiscalizadoras superiores*

Aimée Figueroa Neri**

RESUMEN

Este trabajo propone una perspectiva del principio de separación de poderes con base en la relación objetiva que surge del control financiero *ex post* a cargo del Legislativo, sin excluir la relación subjetiva entre los poderes públicos y de estos con las instituciones encargadas de ese control, conocidas como entidades fiscalizadoras superiores. El análisis parte del diseño que las constituciones políticas establecen para esos órganos fiscalizadores, utilizando el caso de México y comparándolo con otros nueve países.

PALABRAS CLAVE: separación de poderes públicos, control financiero, entidades fiscalizadoras superiores, rendición de cuentas, federalismo fiscal.

ABSTRACT

The present article argues that the principle of separation of powers should be addressed from a perspective based on an objective relationship that emerges from the ex-post financial control carried out by the legislative branch. This perspective does not exclude the subjective relationship between the same public powers and the relationship between those powers and the institutions that are in charge of the ex-post financial control, known as Supreme Audit Institutions. The analysis is based on the design that political constitutions establish for the supreme auditing institutions. The case of Mexico is analysed and compared to other nine countries.

KEY WORDS: Separation of powers, oversight, supreme audit institutions, accountability, fiscal federalism.

FORO

* Este trabajo es una actualización de la comunicación aceptada y presentada en el *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional "Constituciones y Principios"* celebrado en la Ciudad de México del 6 al 10 de diciembre de 2010, presentado en idioma inglés bajo el título "Separation of powers and financial oversight". La autora agradece las críticas a esta versión de Fabiola Figueroa y Tonatiuh Bravo Padilla.

** Investigadora del Departamento de Políticas Públicas del Centro Universitario de Ciencias Económicas Administrativas de la Universidad de Guadalajara, México.

INTRODUCCIÓN

El control financiero que ejerce el poder Legislativo sobre el Ejecutivo ha sido uno de los principales instrumentos del sistema de candados y contrapesos de los estados democráticos, aunque la aprobación de los presupuestos de egresos y la revisión *ex post* del gasto público no siempre son utilizadas por los congresos y parlamentos con la misma intensidad.

En los últimos años, en México y en algunos países latinoamericanos se han reformado el ordenamiento jurídico y el diseño institucional del control parlamentario sobre el uso de los recursos públicos con la finalidad de fortalecer la vigilancia del poder Legislativo sobre el Ejecutivo y mejorar los equilibrios entre ellos y con los partidos políticos. Entre estos cambios resaltan las reformas o creación de nuevos órganos de control externo denominadas en el ámbito internacional como entidades fiscalizadoras superiores (EFS) y que se reconocen como instituciones pilares del sistema de rendición de cuentas; estas EFS, conceptual y legislativamente, han adquirido la independencia o autonomía respecto del poder Ejecutivo y también del Legislativo, al cual continúan auxiliando en sus labores de control externo a la gestión financiera y, a través de ello, de vigilancia sobre el ejecutivo al ser este el titular de la administración pública.

En este escenario, tanto la doctrina como la legislación y la gestión pública han enfrentado, entre otros retos, la concepción clásica del principio de separación de poderes para dar cabida a órganos constitucionalmente autónomos –incluidas las EFS– que, de alguna forma, deben seguir vinculadas al Legislativo y contribuir a la mejora de la gestión financiera del sector público a cargo del Ejecutivo.

Por otra parte, la dimensión territorial del principio de separación de poderes en los países con sistemas federales ha presentado escollos para la efectividad del control financiero a cargo de esos órganos fiscalizadores y para una rendición de cuentas integral de las finanzas públicas.

Este trabajo examina y compara el caso de México y otros nueve países con base en el diseño que establecen las constituciones políticas a las EFS y su relación con los poderes públicos y las bases del federalismo. Se propone una perspectiva del principio de separación de poderes a partir de la relación objetiva que surge del control financiero *ex post* a cargo de los parlamentos o congresos, con especial interés en la información que se genera, sin excluir la relación subjetiva entre los poderes públicos y de estos con las entidades fiscalizadora superiores, en los ámbitos nacional y subnacionales de los estados federales.

PRINCIPIOS DE SEPARACIÓN DE PODERES PÚBLICOS Y CONTROL FINANCIERO

El principio de separación de poderes, en su concepción clásica, se fundamenta en la separación de las funciones estatales correspondientes a tres órganos “separados, independientes y equilibrados entre sí”: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.¹ Sin embargo, el tiempo y la evolución doctrinaria del principio han hecho evidente que las funciones estatales no siempre se llevan a cabo en forma separada o en exclusividad por el poder público al que se atribuye y por otra parte, que la complejidad de la actividad estatal hace imprescindible una interacción continua entre los tres poderes públicos.² Además de ello, los nuevos órganos constitucionales autónomos surgidos en las últimas décadas en algunos países latinoamericanos,³ han hecho que recobre vigencia la *teoría de la distinción y la colaboración de poderes*⁴ en lugar de una tajante separación de los mismos.

Por otra parte, el principio de separación de poderes públicos implica una vigilancia entre ellos para controlar el poder político intrínseco que poseen. Tal control debe velar por el respeto a los límites establecidos constitucionalmente a cada uno, al mantener el equilibrio entre ellos y evitar el abuso de las potestades y competencias conferidas⁵ mediante el sistema de candados y contrapesos que, aunque aparece en las doctrinas constitucionalistas de Estados Unidos de América, en la actualidad sigue siendo un elemento fundamental de los estados democráticos.⁶

Existen varios controles del poder Legislativo sobre el Ejecutivo,⁷ entre los cuales sobresale el control financiero, entendido como una serie de mecanismos de vigilancia

-
1. Juan José Solórzabal, “Sobre el principio de la separación de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 24, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pp. 215-234. Consultado el 17/09/10, disponible en [<http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=3&IDN=184&IDA=15973>].
 2. Carla Huerta Ochoa, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
 3. John Ackerman, “Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina”, en Jorge Carpizo y Carol Arriaga, coords., *Homenaje a Emilio Rabasa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010. pp. 3-21.
 4. Juan José Solórzabal, “Sobre el principio de la separación de poderes”, p. 233.
 5. Carla Huerta Ochoa, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, p. 35.
 6. Francesc Vallés Vives, “Control externo del gasto público y Estado constitucional”, *Tesis doctoral per optar al títol de Doctor en Dret*, Barcelona, Departament de Ciència Política i Dret Públic/Universitat Autònoma de Barcelona, 2001, p. 13. Consultado el 10/09/10, disponible en [<http://www.tdx.cesca.es/TDX-1118102-184233/>].
 7. Carla Huerta Ochoa, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, pp. 122-142.

durante las diferentes fases del ciclo de la actividad financiera del Estado:⁸ elaboración y aprobación del presupuesto de egresos, ejecución de este, auditoría del gasto público y evaluación de la calidad del mismo.⁹

Respecto de la primera fase, el principio de autorización legislativa previa de todo gasto público y sus tributos e ingresos para cubrirlo tiene sus raíces en la representación del pueblo en los legisladores –soberanía popular– y es un pilar del sistema de candados y contrapesos. Igualmente, la revisión posterior del gasto público o el control *ex post* a cargo del parlamento forma parte de los mecanismos tradicionales con los cuales el poder Ejecutivo en su función de titular de la hacienda y administración pública, rinde cuentas a los contribuyentes y la sociedad en general, en reflejo, también, de la soberanía popular. El control financiero del Legislativo sobre el Ejecutivo es sustancial al principio de separación de poderes públicos y una de las mejores vías para mantener el equilibrio entre ellos.

El control financiero *ex post*, al que se le conoce también como *control externo*, se realiza una vez concluido el año fiscal o período durante el cual se usan los recursos públicos y con base en el documento oficial entregado por el poder Ejecutivo al poder Legislativo, que contiene el reporte o balance financiero anual.¹⁰ De esta forma, el Legislativo inicia una revisión, externa a la administración pública, vigila la gestión financiera de esta y puede, posteriormente, ejercer su control político sobre el poder Ejecutivo.

Algunos estudios han puesto en evidencia que no en todos los países el poder Legislativo utiliza el control *ex post* con la misma intensidad y eficacia que la aprobación presupuestaria¹¹ y, desde hace algunos años, se han resaltado las virtudes de este control y su contribución a la rendición de cuentas y mejora de la gestión financiera del sector público.¹² Por otra parte, la complejidad de la gestión financiera del sector público y los

8. Conocido también como *ciclo presupuestario*, aunque este concepto, en estricto sentido, se reduce solo a esa etapa de la actividad financiera.

9. Aimeé Figueroa Neri, dir., *Cuenta pública en México. Evaluando el laberinto legal de la fiscalización superior*, México, Universidad de Guadalajara, 2005, p. 59. Ver también Aimeé Figueroa Neri, *Rendición de cuentas hacendaria*, México, Red por la Rendición de Cuentas (en prensa), 2013. Disponible en [www.rendiciondecuentas.org.mx]. Ver Pozuelo Meño, Isabel, “Las relaciones del poder legislativo y las instituciones de control externo”, en *Revista de Auditoría Pública*, No. 49, 2009, s. I., p. 22. Consultado el 18/09/10, Disponible en [http://www.auditoriapublica.com/index2.php#]; y Wehner, Joachim, “Effective Financial Scrutiny”, en Rick Stapenhurst, Niall Johnston y Ricardo Pelizzo, eds., *The role of parliament in curbing corruption*, Washington, World Bank Institute, 2006, pp. 81-92.

10. En México se denomina *cuenta pública*.

11. Carlos Santiso, *Political Economy of Government Auditing. Financial Governance and the Rule of Law in Latin America and Beyond*, Londres, Routledge-Cavendish, 2009.

12. Margaret Neal, *Parliamentary Oversight Finance. Ensuring accountability in public expenditure*, s. I., Commonwealth Parliamentary Association, 2003. Consultado el 18/09/10, disponible en [www.cpahq.org]. Ver también Rick Stapenhurst y Jack Titsworth, “Parliament and Supreme Audit Institutions”, en Rick Stapenhurst, Niall Johnston y Ricardo Pelizzo, eds., *The Role of Parliament in Curbing Corruption*, Washington, World Bank Institute, 2006, pp. 101-108.

conocimientos técnicos requeridos para vigilarla hacen que el control *ex post* del poder legislativo se concrete con el auxilio de un órgano especializado en auditoría gubernamental de los gastos públicos: las entidades fiscalizadoras superiores u órganos supremos de fiscalización.¹³

ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES Y SU RELACIÓN CON LOS PODERES PÚBLICOS

Las entidades fiscalizadoras superiores, con sus diferencias según los sistemas y países,¹⁴ son órganos que actúan en auxilio y por delegación del poder Legislativo, el cual, como se apuntó, es el depositario de la voluntad popular. A partir de la Declaración de Lima sobre las líneas básicas de la fiscalización y la Declaración de México sobre la independencia de las EFS, emitidas por la INTOSAI¹⁵ en 1977 y 2007, respectivamente, la independencia de las EFS respecto del poder Ejecutivo ha sido considerada como una cualidad imprescindible para el buen funcionamiento de estos órganos; no obstante, también se ha observado que las EFS deben ser independientes o autónomas del Legislativo para garantizar una fiscalización y auditorías imparciales y objetivas, alejadas de los intereses políticos o partidistas de los parlamentos; algunos autores en México, se pronuncian a favor de que las EFS adquieran la naturaleza de órgano constitucional autónomo.¹⁶ Por otra parte, aunque algunas EFS tengan facultades judiciales,¹⁷ no son tampoco parte del poder Judicial.

Una vez asumida la independencia de las EFS respecto de los poderes públicos, surgen dos cuestiones importantes vinculadas al principio de separación de poderes: ¿qué tipo de órgano son? y ¿cuál es su relación con los poderes públicos?

Para responder estas preguntas, con base en datos empíricos, se presentan los resultados de una investigación que aborda estos temas y compara la EFS de México con las de otros nueve países,¹⁸ así como datos de otro estudio que compara las 26 EFS

13. Supreme Audit Institutions (SAI) en inglés.

14. En general, se consideran tres tipos o modelos: el Westminster (oficinas de auditoría o auditores generales), el consejo de auditoría (auditores que actúan colegiadamente) y el napoleónico (tribunales o cortes de cuentas).

15. Siglas en inglés, utilizadas en general, International Organization of Supreme Audit Institutions.

16. John Ackerman y César Astudillo, *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009. Disponible en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2739>].

17. Algunas EFS, con la denominación de *Tribunal de Cuentas* (*cours des competes*), conservan este nombre por tradición, pero no son tribunales en estricto sentido del término.

18. Aimeé Figueroa Neri, dir., *La auditoría superior de México en el horizonte internacional de la fiscalización superior*, México, Auditoría Superior de la Federación/Cámara de Diputados, 2007.

de los países de la Unión Europea;¹⁹ ambos trabajos se basan en la legislación vigente durante los análisis de los autores.

En la tabla 1 se muestra la variedad de EFS y su clasificación como órganos que deben gozar de independencia y, al mismo tiempo, seguir vinculados al poder Legislativo, ya que este es el titular originario del control financiero y delega, como se apuntó, en las EFS la revisión técnica *ex post* del gasto público. En caso contrario, es decir, que no se mantenga esta estrecha vinculación y la EFS sea completamente independiente del Legislativo, el principio de separación de poderes públicos se lesionaría, en apariencia, ya que perdería el control directo sobre la gestión financiera del Ejecutivo.

En relación con la independencia, en estos diez casos se examinó además de lo legislado en la Constitución Política o equivalente de cada país, que las leyes especiales de cada EFS garantizaran tres dimensiones de independencia o autonomía: organizativa, funcional y financiera. Por su cuenta, Clark, De Martinis y Krambia-Kapardis reportan, en 20 de los 26 casos estudiados, una adecuada independencia de las EFS respecto del poder ejecutivo, garantizada en la ley. Con las reservas metodológicas necesarias, en cuanto a lo exacto de la similitud, tomando en cuenta los indicadores de los autores para verificar la independencia,²⁰ sus resultados apuntan a que la independencia organizativa –que podemos suponer incluye la financiera– oscila entre 16 y 20 casos y la funcional, entre 11 y 12.²¹

Al aumentar la independencia de las EFS han surgido nuevas formas para vincularse con los poderes públicos, basadas en la colaboración más que en la división estricta de funciones estatales y desde la perspectiva de que la vigilancia y el control financiero del legislativo sobre el ejecutivo ha de comprender todo el ciclo financiero público para ser efectivos y no solo la fase presupuestaria; además de la revisión técnica a cargo de las EFS, existen otros mecanismos y facultades del legislativo, entre ellos, el control político, que deben ser utilizadas con mayor intensidad.²²

19. Colin Clark, Michael de Martinis y María Krambia-Kapardis, “Audit quality attributes of European Union supreme audit institutions”, en *European Business Review*, vol. 19, No. 1, s. l., 2007, pp. 40-71.

20. Los autores utilizan siete indicadores para valorar la independencia de las EFS, y la investigación de Figueroa Neri (2007) agrupa cuatro de estos (free of direction/control from anyone; discretion in determining type of audits and auditee; head of SAI to determinate the terms and conditions of office staff; head of SAI to appoint contractors to conduct audits) en las dimensiones de autonomía organizativa y funcional, consideradas en la tabla 1.

21. Colin Clark, Michael de Martinis y María Krambia-Kapardis, “Audit quality attributes of European Union supreme audit institutions”, p. 52.

22. Jaime Cárdenas Gracia, “El estado de la fiscalización y el control legislativo al poder en México”, en John Ackerman y César Astudillo, *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009. Disponible en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2739>]. Ver también Margaret Neal, *Parliamentary Oversight Finance. Ensuring accountability in public expenditure*; Joachim Wehner, “Effective Financial Scrutiny”; y Rick Stapenhurst, y Jack Titsworth, “Parliament and Supreme Audit Institutions”.

Tabla 1
Naturaleza jurídico-institucional e independencia de las EFS

EFS	Tipo institución	¿Quién controla a la EFS?			Independencia		
		Dependiente de	o	Responsable	Organizativa	Funcional	Financiera
BRH Alemania	Órgano independiente			Parlamento y Senado	sí	sí	sí
AGN Argentina	Organismos de asistencia técnica del Congreso	Congreso			no	no	no
CGR Chile	Organismo autónomo			Congreso y Presidente	sí*	sí	sí
CGE Ecuador	Organismo técnico superior			Congreso y Presidente	sí	sí	sí
TCU España	Órgano supremo fiscalizador	Cortes generales			sí	sí	sí
GAO EUA	Órgano auxiliar del Congreso			Congreso	sí	sí**	sí
SAO Finlandia	Órgano independiente, adjunto al Parlamento			Parlamento	sí	sí	sí
TSC Honduras	Organismo constitucional rector del sistema de control externo			Congreso	sí	sí	sí
ASF México	Organismo autónomo auxiliar de la Cámara de Diputados del Congreso	Cámara de Diputados del Congreso			sí	sí	sí
NAO Reino Unido	Órgano independiente, auxiliar del Parlamento			Parlamento	sí	sí	sí

BRH: Tribunal Federal de Cuentas de Alemania AGN: Auditoría General de la Nación de Argentina
 SAO: Oficina de Auditoría del Estado de Finlandia CGR: Contraloría General del Estado de Chile
 TSC: Tribunal Superior de Cuentas de Honduras CGE: Contraloría General del Estado de Ecuador
 ASF: Auditoría Superior de la Federación, México TCU: Tribunal de Cuentas de España
 NAO: Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido GAO: Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno de EE.UU.

* Con excepciones.

** Con particularidades, por los diseños institucionales y relación con el Congreso.

Fuente: Aimée Figueroa Neri, dir., *La auditoría superior de México en el horizonte internacional de la fiscalización superior*, p. 237.

Entre esos mecanismos destacan: la petición de informes; la comparecencia de los funcionarios responsables de la administración pública; las investigaciones especiales; el equipo de asesores del congreso o parlamento; la contratación de despachos externos y, sobre todo, un control concomitante –par y paso– del poder legislativo, sobre todo del ciclo financiero, incluyendo la colaboración entre los controles internos de las dependencias de la administración pública y la EFS. En este abanico de opciones que puede generar mucha información de diversos orígenes, la revisión técnica de la EFS sobre el gasto público se convierte en un instrumento importante, pero no el único del control financiero.

Por su parte, la relación entre la EFS y el poder legislativo, configurada más como una colaboración que como una dependencia, pertenencia o subordinación, motiva el interés por el *modus operandi* de la colaboración, sin perder de vista el principio de separación de poderes y el equilibrio deseable entre ellos. En opinión personal, los informes o reportes de las EFS constituyen la guía para diseñar y regular la ruta de la colaboración. Para completar el panorama del que surge esta propuesta, se apuntan algunas ausencias y problemas que presenta el control financiero *ex post* en los sistemas federales.

CONTROL FINANCIERO PARLAMENTARIO EN SISTEMAS FEDERALES

Cameron y Falleti²³ advierten que la mayor parte de la literatura sobre federalismo se refiere a las relaciones entre los gobiernos nacionales y subnacionales, y escasamente a la organización del poder en este último ámbito, desde la perspectiva del principio de separación de poderes públicos. Asimismo, los estudios sobre federalismo fiscal, en su mayoría, se centran en la distribución de potestades impositivas, las competencias sobre recaudación tributaria, y la redistribución de ingresos y recursos públicos entre los órdenes nacional, subnacional y local, y muy poco sobre el control *ex post* del gasto público en sistemas federales. Igualmente, las investigaciones acerca del control financiero y las EFS se han enfocado a la esfera nacional y es notoria la ausencia del análisis de las relaciones de estas EFS con sus homólogas en el ámbito

23. Maxwell A. Cameron y Tulia G. Falleti, “Federalism and the separation of powers at the subnational level”, en *2004 Annual Meeting of the American Political Science Association*, s. l., 2-5 de septiembre de 2004. Disponible en [http://www.politics.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/Federalism_and_the_Separation_of_Powers_Aug11-04b1.pdf].

subnacional y los mecanismos institucionales del poder Legislativo y la EFS federales para fiscalizar los recursos que se transfieren a los niveles subnacionales y locales.

El federalismo fiscal presupone la existencia de una gran cantidad de relaciones y mecanismos para obtener, gestionar, distribuir y gastar los recursos públicos. En este panorama, los tres poderes públicos se duplican o triplican según los ámbitos de gobierno y de administración pública. Si a ello le añadimos a las EFS nacional y subnacionales, que gozan de independencia o una gran autonomía como ya se afirmó, las relaciones fiscales intergubernamentales sobre el control financiero *ex post* a cargo del Poder Legislativo constituyen un vasto campo de investigación. Para mostrar algunos ejemplos de los problemas que suscita este escenario, se recurre a algunas investigaciones sobre el caso mexicano.²⁴

En México, en la última década se han creado o fortalecido los organismos involucrados en la rendición de cuentas, la transparencia de la información pública y las EFS, que en el ámbito nacional se denomina Auditoría Superior de la Federación. De igual modo, se han formulado diversas reformas legislativas tendentes a corregir la opacidad, ausencias y problemas para un mejor control financiero, tanto interno como externo, *ex ante* y *ex post*. Las últimas reformas federales y con impacto en las constituciones y leyes subnacionales fueron en 2008-2009²⁵ y en 2012-2013.²⁶

Las causas de estas reformas son múltiples; entre ellas, resaltan las dificultades que enfrentaba la Cámara de Diputados y la Auditoría Superior de la Federación (ASF)²⁷ para controlar el gasto público descentralizado (federalizado), incluidas las lagunas y los defectos de la legislación que les aplica, y, por otro lado, los límites que impone el principio de separación de poderes en su dimensión territorial y los principios del federalismo fiscal: respeto de la soberanía estatal, la autonomía de los municipios y la libre administración hacendaria, entre otros.

-
24. Aimeé Figueroa Neri, *Rendición de cuentas hacendaria*. Ver también de la mism autora “Fiscalización superior del gasto federalizado: virtudes y vicios”, en Jesús Meza León, Aimeé Figueroa Neri, Ismae Orozco Loreto, *Federalismo y planeación en Jalisco: aportes temáticos para su debate*, México, Instituto del Federalismo Prisciliano Sánchez, 2011. pp. 36-56. Ver Aimeé Figueroa Neri, “Tras los vestigios de los recursos públicos de Jalisco y sus municipios: fiscalización superior de sus cuentas públicas”, en David Gómez Álvarez, *Capacidades institucionales para el desarrollo humano: conceptos, índices y casos*, México, PNUD/Universidad de Guadalajara/Miguel Ángel Porrúa/Cámara de Diputados, 2010, pp. 383-430.
 25. Reforma a los artículos 116 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para homologar la autonomía y características de las Entidades Fiscalizadoras Superiores Locales con la Auditoría Superior de la Federación. Ver también en Aimeé Figueroa Neri, dir., *Buenas, malas o raras. Las leyes mexicanas de fiscalización superior (2000-2009)*, México, Auditoría Superior de la Federación/Cámara de Diputados, 2009.
 26. Reforma a la Ley General de Contabilidad Gubernamental de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación de ese país, el 12 de noviembre de 2012 y enfocada a la transparencia y rendición de cuentas de los recursos públicos en los tres ámbitos de gobierno (federación, estados y municipios).
 27. En México, el control externo y *ex post* del gasto público está a cargo solo de la Cámara de Diputados, y la ASF es un órgano técnico auxiliar de esta cámara.

Hasta antes de la reforma federal de 2008-2009, dos vías se habían abierto para que la ASF fiscalizara el gasto público federalizado o descentralizado: los convenios de esta con las entidades fiscalizadoras superiores locales (EFSL) y la resolución de las controversias constitucionales en las que el poder judicial, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha delimitado la competencia de la ASF, la naturaleza de los recursos federales y ha acotado la función de la ASF en el sistema de rendición de cuentas del país. Aunque la coordinación y colaboración son más deseables que las controversias constitucionales, estas son un ejercicio saludable para la vigilancia entre los poderes públicos y los gobiernos nacional, subnacionales y locales, y un garante del control de la constitucionalidad que debe primar en un auténtico Estado de derecho.

En cuanto a los convenios entre los poderes legislativos y los órganos fiscalizadores locales con la Auditoría Superior de la Federación, transcurrieron más de seis años para que la totalidad fueran suscritos; es evidente que la vía “amistosa” de la fiscalización del gasto descentralizado no es la más pronta ni eficaz como tampoco la vía litigiosa de las controversias, que implica un lento y políticamente tenso recorrido para los poderes públicos involucrados. Además de las interrogantes planteadas en los apartados anteriores, surge una más: ¿cómo debe ser el control financiero *ex post* entre poderes públicos en un sistema federal?²⁸ En el último apartado, esbozamos algunas ideas que contribuyen a abrir un cauce adecuado de las relaciones a partir de un entendimiento del principio de separación de poderes más como una colaboración que como una división estricta de las funciones estatales.

LA INFORMACIÓN FINANCIERA COMO BRÚJULA DE LAS RELACIONES

La naturaleza del ciclo financiero hace que coexistan y se traslapen en los calendarios naturales, y durante varios años, las diferentes etapas de numerosos presupuestos de egresos y revisiones de gastos públicos, por lo que es necesario un control financiero continuo por parte del poder Legislativo sobre las acciones y los resultados del poder Ejecutivo. Un buen ejemplo de ello y de las labores de la EFS, lo tenemos en el caso alemán, cuyo Tribunal Federal de Cuentas acompaña, sin depender orgánicamente de él, al parlamento en todas las etapas del ciclo financiero y en algunas, al propio poder Ejecutivo (ver tabla 2).

En todo el ciclo que se muestra en la tabla 2, la información (contenida en los distintos documentos, como proyectos, leyes e informes) va marcando la ruta de colaboración entre

28. Al respecto del caso mexicano, Aimée Figueroa Neri, *Rendición de cuentas hacendaria*.

los poderes públicos, sin detrimento de la división de funciones de cada uno de ellos. Las relaciones entre estos poderes se concentran más en el objeto de la relación que en los sujetos: la información y su importancia para la toma de decisiones de cada uno de sus ámbitos de actuación. De esta toma de decisiones, depende la mejora de la gestión financiera del sector público, gracias a las recomendaciones y alertas que pueda emitir la EFS y, como consecuencia de ellas, las medidas de control que emprenda el poder legislativo.

Año natural		Tabla 2 Proceso de fiscalización, BRH			
		2003	2004	2005	2006
Año presupuestario	2004	Enero a julio Ejecutivo elabora proyecto de presupuesto Julio a diciembre BT y BR discuten proyecto y aprueban ley de presupuesto BRH asesora a Ejecutivo, BT, BR	Ejercicio / Ejecución presupuestaria BRH fiscaliza según su plan anual de trabajo	31.3. MF entrega CPA a BT, BR, BRH 12.12. BRH entrega IA a BT, BR, Ejecutivo Reciben y revisan CPA y IA: • Subcomisión de cuenta pública de la CP del BT revisa CPA • Comisión de Finanzas del BR	10.2. BR descarga (aprueba) CPA 7.9 BT descarga (aprueba) CPA Julio BRH entrega el informe de seguimiento a BT, BR, Ejecutivo

CPA: Cuenta Pública Anual (Jahresrechnung des Bundes)

MF: Ministerio de Finanzas (Bundesministerium der Finanzen)

BT: Bundestag (Parlamento)

BR: Bundesrat (Senado)

BHR: Bundesrechnungshof (Tribunal Federal de Cuentas)

IA: Informe anual del Tribunal Federal de Cuentas (Bemerkungen des Bundesrechnungshofes)

Gob: Gobierno federal (Bundesregierung)

CP: Comisión de Presupuesto (Haushaltsausschuss)

IF: Informe de seguimiento del Tribunal Federal de Cuentas (Ergebnisbericht des Bundesrechnungshofes)

Fuente: Aimée Figueroa Neri, dir., *La Auditoría Superior de México en el horizonte internacional de la fiscalización superior*, p. 64.

Lo anterior también puede suceder en las relaciones entre los poderes públicos nacionales y subnacionales y propiciar un control financiero integral, una vigilancia y un equilibrio que atienda de mejor manera el espíritu del principio de separación de poderes: la distribución horizontal y territorial del poder y su control así como la orientación de las funciones públicas a una mejora de las actividades del Estado.

Estas reflexiones no pretenden dar una solución o agotar las cuestiones planteadas, las cuales habrá que examinar en cada caso conforme al ordenamiento jurídico que corresponda, las circunstancias especiales de cada país y sus mecanismos institucionales para el control financiero, pero sí se atreven a proponer una perspectiva distinta a la clásica del principio de separación de poderes, con base en las necesidades, objetivos e impacto que busca el control financiero. Insisto en posicionar a la información como brújula de las rutas de colaboración que se deben diseñar para las relaciones entre poderes públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, John, “Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina”, en Jorge Carpizo y Carol Arriaga, coords., *Homenaje a Emilio Rabasa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.
- Ackerman, John, y César Astudillo, *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, 2009. Disponible en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2739>].
- Cameron, Maxwell A., y Tulia G. Falleti, “Federalism and the separation of powers at the subnational level”, en *2004 Annual Meeting of the American Political Science Association*, s.l., 2-5 de septiembre de 2004. Disponible en [http://www.politics.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/Federalism_and_the_Separation_of_Powers_Aug11-04b1.pdf].
- Cárdenas Gracia, Jaime, “El estado de la fiscalización y el control legislativo al poder en México”, en John Ackerman y César Astudillo, *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009. Disponible en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2739>].
- Clark Colin, Michael de Martinis y María Krambia-Kapardis, “Audit quality attributes of European Union supreme audit institutions”, *European Business Review*, vol. 19, No. 1, s. l., 2007.
- Figueroa Neri, Aimée, *Rendición de cuentas hacendaria*, México, Red por la Rendición de Cuentas (en prensa), 2013. Disponible en [www.rendiciondecuentas.org.mx].
- “Fiscalización superior del gasto federalizado: virtudes y vicios”, en Jesús Meza León, Aimée Figueroa Neri, e Ismae Orozco Loreto, *Federalismo y planeación en Jalisco: aportes temáticos para su debate*, México, Instituto del Federalismo Prisciliano Sánchez, 2011.
- “Tras los vestigios de los recursos públicos de Jalisco y sus municipios: fiscalización superior de sus cuentas públicas”, en David Gómez Álvarez, *Capacidades institucionales*

- para el desarrollo humano: conceptos, índices y casos*, México, PNUD/Universidad de Guadalajara/Miguel Ángel Porrúa/Cámara de Diputados, 2010.
- Dir., *Buenas, malas o raras. Las leyes mexicanas de fiscalización superior (2000-2009)*, México, Auditoría Superior de la Federación/Cámara de Diputados, 2009.
 - Dir., *La Auditoría Superior de México en el horizonte internacional de la fiscalización superior*, México, Auditoría Superior de la Federación/Cámara de Diputados, 2007.
 - Dir., *Cuenta pública en México. Evaluando el laberinto legal de la fiscalización superior*, México, Universidad de Guadalajara, 2005.
- Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
- Neal, Margaret, *Parliamentary Oversight Finance. Ensuring accountability in public expenditure*, s. l., Commonwealth Parliamentary Association, 2003. Consultado el 18/09/10, disponible en [www.cpahq.org].
- Pozuelo Meño, Isabel, “Las relaciones del poder legislativo y las instituciones de control externo”, en *Revista de Auditoría Pública*, No. 49, 2009, s.l.. Consultado el 18/09/10, Disponible en [http://www.auditoriapublica.com/index2.php#].
- Santiso, Carlos, *Political Economy of Government Auditing. Financial Governance and the Rule of Law in Latin America and Beyond*, Londres, Routledge-Cavendish, 2009.
- Solórzabal, Juan José, “Sobre el principio de la separación de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 24, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981. Consultado el 17/09/10, disponible en [http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=3&IDN=184&IDA=15973].
- Stapenhurst, Rick, y Jack Titsworth, “Parliament and Supreme Audit Institutions”, en Rick Stapenhurst, Niall Johnston y Ricardo Pelizzo, eds., *The role of parliament in curbing corruption*, Washington, World Bank Institute, 2006.
- Vallés Vives, Francesc, “Control externo del gasto público y Estado constitucional”, *Tesi doctoral per optar al títol de Doctor en Dret*, Barcelona, Departament de Ciència Política i Dret Públic/Universitat Autònoma de Barcelona, 2001. Consultado el 10/09/10, disponible en [http://www.tdx.cesca.es/TDX-1118102-184233/].
- Wehner, Joachim, “Effective Financial Scrutiny”, en Rick Stapenhurst, Niall Johnston y Ricardo Pelizzo, eds., *The role of parliament in curbing corruption*, Washington, World Bank Institute, 2006.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2013
 Fecha de aprobación: 15 de marzo de 2013

La revolución tecnológica en los medios de comunicación y los desafíos del derecho y la democracia

Aníbal Sierralta Ríos*

RESUMEN

El presente artículo aborda el impacto de la transformación tecnológica y los nuevos instrumentos de la teleinformática en los medios de comunicación masiva. La forma como se han estructurado las transnacionales mediáticas a partir del uso de instrumentos como la web, el software o el *podcasting* y los riesgos que su exceso conlleva respecto de la democracia al imponer sus intereses económicos y culturales por encima del interés del individuo, el interés público, la intimidad y el honor. Todo lo cual plantea nuevos desafíos al derecho y la protección de los derechos del individuo.

PALABRAS CLAVE: Tecnología, transnacionales de la media, libertad de expresión, regulación, interés público.

ABSTRACT

This article discusses the impact of technological transformation and the new instruments of telematics on the mass media. In particular, it considers the way how transnational media corporations are organized through the use of instruments such as the web, software or podcasting and the risks that their excessive use entails on democracy, when imposing their economic and cultural interests above individual and public interests, privacy and dignity. This represents new challenges to law and individual rights protection.

KEY WORDS: Technology, transnational media corporations, freedom of speech, regulation, public interest.

— FORO —

* Profesor del Centro de Altos Estudios Nacionales, CAEN, de la Maestría de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de la Maestría en Economía de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

La palabra escrita, en una revista o un periódico y, más aun, la imagen en la televisión, han adquirido la majestad de dogma: inmovible y verdadero. Un poder que es utilizado por los actores del comercio internacional, sobre todo por las empresas transnacionales y los estados, para fortalecer sus intereses e impulsar sus operaciones de inversión. Y, en efecto, los medios de comunicación son los formadores de las corrientes de opinión y los que ejercen una gran influencia en la vida de las personas en la toma de decisiones en el mercado, la política nacional y en la cultura de los pueblos.

La prensa –amarilla y seria– son un gran referente, particularmente la radio y la televisión. Esta última, desde fines del decenio de 1960 y concretamente a partir de 1990, es la forma de comunicación masiva con mayor poder en la vida en sociedad. Tanto que podemos afirmar que existe un nuevo sentido de la realidad: la realidad de las imágenes y las noticias en vivo que se presentan como verdad inmovible para millones de personas. Tan semejante poder e influencia impacta también en el Derecho y la democracia por lo que se hace necesario pensar en un estudio sobre su regulación.

Mientras en los últimos veinte años se ha observado una creciente presencia del desarrollo de nuevos medios de comunicación por la tecnología de información (servicios de internet, RRS, pod-casting y similares), estos aun no han desafiado la actual dominación de la televisión, y de hecho no comparten necesariamente las características asociadas con los verdaderos medios de comunicación masivos. La influencia dominante y alcance de la televisión no está claramente amenazada hasta ahora por dicho desarrollo. Efectivamente, parece estar claro que los nuevos medios de comunicación, por lo menos en el corto y mediano plazo, no reemplazan, sino que simplemente suplementan y coexisten con los preexistentes. La lectura de un libro no se reemplazó completamente por escuchar la radio, tanto los libros como la radio no han dejado de existir con la llegada de la televisión, los CD-ROM y la navegación en la red.¹

Para el derecho y la democracia es significativa la forma y la dimensión de los medios de información no solo por su estructura empresarial sino por los diferentes y variados intereses que defiende y las formas en que puede intervenir para imponerlos afectando la cultura de los pueblos así como manipulando la historia.

LAS TRANSNACIONALES DE LOS MEDIOS

Las grandes transnacionales de los medios abarcan no solo el campo de la comunicación o de las telecomunicaciones, sino que superan los límites de la soberanía de

1. Mike Feintuck y Mike Varney, *Media Regulation, Public Interest and the Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2006, pp. 2-3.

los países. La capacidad ofrecida por la tecnología satelital para transmitir a larga distancia, ya sea intencionalmente o en la forma de suscripción, frecuentemente supera los espacios de cualquier territorio nacional. Esta realidad sugiere inevitablemente la necesidad de intentar su regulación, particularmente en regiones como la Unión Europea o América Latina que no poseen los medios de penetración cultural hacia otras realidades. Sin embargo, el paradigma del mercado en el cual vive y se fortalece, precisamente a través de la televisión, unido a la carencia de especialistas, trabajos de investigación y de estudios jusociológicos, muestra un panorama carente de propuestas.

Las principales transnacionales mediáticas provienen de la Unión Europea y los Estados Unidos de América, pero también hay conglomerados empresarios latinoamericanos. Todos los cuales tienen las mismas características y propósitos: dominar la información y los mercados donde operan por encima de los intereses públicos y los de la persona humana.

El Grupo Prisa es una transnacional española de la comunicación que controla radios y televisoras en toda la región latinoamericana, con ramificaciones en Estados Unidos de América. Este conglomerado controla 1.200 emisoras en España, México, Colombia, Costa Rica, Panamá, Argentina, Chile y Estados Unidos de América.

En Estados Unidos de América diez grupos controlan los diarios nacionales de mayor circulación, como el *New York Times*, *USA Today* y el *Washington Post*, cientos de radioemisoras y las cuatro cadenas de televisión con mayor audiencia en sus programas de noticias como la ABC (American Broadcasting Company, de Walt Disney Company), CBS (Columbia Broadcasting System, de Viacom), NBC (National Broadcasting Company, de General Electric) y Fox Broadcasting Company (de News Corporation).

En Latinoamérica los ejemplos son variados pues van desde inmensos monopolios a representación plural como Bolivia y Ecuador, pasando a otros ejemplos singulares como Venezuela.

En Argentina el Grupo Clarín es un conglomerado de medios que controla los diarios *Clarín*, *Olé* y *La Razón*. En TV abierta: LS 85 Canal 13 y Artear; en TV Cable: Multicanal S.A., Supercanal. En TV Satelital: Directv LA y Canal 12 Satelital Córdoba. Agencia: DyN. En radios AM/FM nacionales: LR6 Radio Mitre, Cadena 100 (FM 99.9) y FM GEN. También tiene el control de revistas como: *Internet Surf*, *Elle Argentina* y *Genios*. En el ámbito editorial y de impresiones posee Arte Gráfico Rioplatense, Imprimpost, Editora Transandina de Revistas S.A. y Editorial Aguilar. En diarios provinciales: *La Voz del Interior* (Córdoba), y Canal 7 (Bahía Blanca). En producción para TV deportiva: Tele Red Imagen SA y Televisión Codificada SA. También ha incursionado en la producción de cine con Patagonik Film Group.

Bolivia, es el país con menor estructura monopólica mediática. El periódico *El Deber* de Santa Cruz, de la familia Rivera, controla la televisión PAT y nueve diarios (*La Prensa* de La Paz, *El Altiño* de El Alto, *Los Tiempos* de Cochabamba, *El Nuevo Sur* de Tarija, *El Correo* de Sucre, *El Norte* de Montero y *El Potosí*, de Potosí), dos radioemisoras y dos canales de TV más servicios corporativos de impresión y edición. También actúa en este país la transnacional española Prisa, cuya cabecera más destacada es *La Razón* de La Paz. También controla la Asociación de teledifusoras de Bolivia.

En Brasil, es significativo el Grupo O Globo, propiedad de la familia Marinho, asociada al magnate mexicano Carlos Slim. Junto a ellos, también se han consolidado en los últimos 20 años poderosas familias en los medios brasileños como los Sirotsky, dueños del grupo RBS, los Civitas, propietarios de Abril, y los Frías, impulsores de Folha. La presencia extranjera, está orientada a controlar *Net Serviços*, compañía de cable hasta ahora propiedad de O Globo.

Una situación singular es la de Colombia, en donde el consorcio español Prisa controla Radio Caracol de Colombia que produce y distribuye hasta diez líneas de programación en diferentes formatos.

En Chile el grupo Prisa (español) adquirió el 100% de Iberoamerican Radio de Chile, sumando al control anterior de Pudahuel, FM Dos, FM Corazón, Rock and Pop, FM Hit, FM Futuro, FM Imagina y FM Concierto, y otras 140 emisoras. En tanto, la familia Edwards es dueña de la cadena de diarios *El Mercurio*. Mientras que Álvaro Saieh Bendeck es el propietario del Consorcio Periodístico de Chile SA (Copesa), partner de la cadena El Mercurio en el duopolio de empresas que maneja los diarios de circulación nacional.

Ecuador tiene una distribución más plural de la propiedad de los medios; son ocho los grupos empresarios de significación nacional como el Grupo Isaías que posee la Cadena Ecuatoriana de Televisión C.A. Canal 10 CETV; Compañía Televisión del Pacífico Teledos S.A.; América Visión. En cable: Cablevisión S.A.; TV. Cable S.A. Y, en radio: Radio Universal; Radio K 800; Radio Carrousel; Radio Sucre. El Grupo Eljuri es propietario de Televisión Ecuatoriana, Telerama S.A.; Orovisión Televisión codificada; Cosmovisión S.A.; Telesat S.A.; V. Max S.A. Tivimaxsa; Empresa de Televisión Satelcom S.A. El grupo Vivanco detenta estaciones de radiodifusión como Planeta FM Stereo, Pichincha, Imbabura, Esmeraldas y Carchi.

En Guatemala, Ángel Remigio González, ciudadano estadounidense, es el propietario de todos los canales de televisión abierta, que se suman a una treintena de estaciones de TV en América Latina. A su vez un pequeño grupo de empresarios se reparte la mayoría de las frecuencias de radio.

Honduras posee la televisión y la radio controlada por José Rafael Ferrari, también presidente de la Fundación Teletón.

En México, el grupo Prisa, a través de Radiópolis, controla el 50% de Televisa y de varios programas de radio que distribuye por diferentes cadenas en América Latina.

En Paraguay crece vertiginosamente el control de la prensa escrita en manos de un solo empresario: Antonio J. Vierci, cuyos activos aparecen entre las diez fortunas más grandes de Paraguay, varias emisoras de radio y el Canal 4 Telefuturo, Canal 13 con sus repetidoras y Radio Cardinal. Canal 9 con sus repetidoras y la Megacadena. Multimedia: Popular, Tevedos y Radio UNO, ABC Color y *Vanguardia* (diario que se edita en Ciudad del Este) Tripli Frontera, con un aura no siempre honrosa.

La empresa editora El Comercio S.A. es el conglomerado de medios más importante del Perú pues maneja cinco diarios y dos estaciones de televisión; habiendo culminado recientemente un acuerdo para adquirir la mayoría de las acciones (51%) de Interlatin Corp., titular del segundo portal de noticias más visitado del país, a través de Orbis Ventures S.A.C., que opera y gestiona las versiones electrónicas de sus diarios.

En Venezuela existe un duopolio de los diarios *El Nacional* y *El Universal*. En tanto que la televisión está controlada por Gustavo Cisneros Rendiles, quien opera en 39 países con 70 compañías de radiodifusión, televisión, tecnología, telecomunicaciones y artículos de consumo.

Este escenario nos muestra un vasto proceso de homogenización comunicativa estructurada por una red de oligopolios nacionales vinculados económica e ideológicamente a las transnacionales de la media. Como nunca antes, y al compás de la propia crisis del capitalismo, este proceso se cumple con una estrategia nítida de los grupos dominantes, que han calibrado el peso de los medios de comunicación en este momento del desarrollo tecnológico convirtiéndose en el vínculo comunicativo e ideológico de dichos grupos sin que por otro lado exista una respuesta del ciudadano o individuo.²

EL IMPACTO POLÍTICO Y CULTURAL DE LA MEDIA

El sorprendente desarrollo de las tecnologías informáticas y los medios de información han propiciado una revolución que afecta diariamente la cultura de la sociedad y como consecuencia de ello al derecho y a la democracia.

2. César Lévano, *Últimas noticias del periodismo peruano*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2011, p. 53.

Esta evolución tiene un propósito mercantilista y penetra en todas las esferas de la vida pública ya que la información masiva controlada por las transnacionales de la media afecta la conciencia popular y el sentido real de democracia.

Las amenazas a los medios de comunicación y a la libertad de expresión, señala César Hildebrandt, son: la internalización de la prensa, el afán concentracionista de los medios, el poder económico que se inmiscuye en su orientación, la imposición ideológica y la estandarización temática.³ De todos ellos podemos concluir que son dos los principales problemas que se deben abordar, desde la perspectiva de su impacto en la democracia y el derecho: el protagonismo de los medios tecnológicos que permiten una prensa individual y hasta corsaria; y hasta la concentración oligopólica y monopólica de los medios que tiene, por supuesto, un poder económico y una agenda común.

Tal realidad reviste a la media de un poder sorprendente y omnipresente que no tiene límites pues trasciende fronteras y se superpone al de los propios estados y, por supuesto, al individuo.

Una distinción fundamental entre la democracia y otros sistemas políticos es la perspectiva y sentido de que en la democracia el poder nunca es ilimitado, pues se espera que aquellos que ejercen el poder político consideren a quienes los eligieron como sus pares y trabajen para lograr el bien común, dando cuenta de sus acciones; además también son pasibles de ser sancionados si su comportamiento excede los límites establecidos por la Constitución.

La división de poderes que diseñó Charles Louis de Secondat Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes* reparte el poder del Estado en tres grandes estructuras (legislativo, ejecutivo y judicial) a fin que nadie tenga el poder absoluto. Esta fórmula es la base de la estructura del régimen democrático a fin de evitar la acumulación del poder en una sola mano ya que ello lleva al despotismo y, en los extremos, a la tiranía.

Por ello casi la totalidad de las normas constitucionales y legislaciones limitan y regulan cualquier exceso de poder no solo político sino económico, como son las reglas de competencia que fustigan el monopolio, el *trust* o el dominio exagerado del mercado. En consecuencia aquellos que ejercen el poder económico privado, como son los inversionistas o propietarios de tecnología, también deberían tener poderes limitados sobre todo cuando las corporaciones o las empresas transnacionales adquieren poderes equivalentes o similares al Estado.

3. César Hildebrandt, "Los nuevos retos de la prensa internacional", en *Últimas noticias del periodismo peruano*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, pp. 142-145.

Hoy en día los medios de comunicación tienen un gran poder que lo ejercen al diseñar y construir la información mostrando una visión del mundo que recorre todos los hogares a través de los sorprendentes mecanismos tecnológicos. Junto a ella la tendencia neoliberal es reducir el poder y margen de actuación del Estado, dejando espacio a todos los demás actores. De tal manera que a medida que declina el poder estatal se diluye el principio de autoridad pública que es suplido por las transnacionales de la media y otros actores.

Es indudable la importancia de los medios de comunicación, como fuente principal de información, en la democracia y en la construcción de la justicia. El solo hecho que la democracia requiera que los ciudadanos estén bien informados para que puedan actuar con pleno conocimiento, es una justificación *prima facie* para su regulación.

Este ordenamiento de los medios se da en todos los estados a través de cuatro mecanismos: el control directo del gobierno como en los regímenes comunistas o fascistas; mediante órganos gubernamentales como la Comisión Federal de Comunicaciones (CFC) de los Estados Unidos de América; a través del avisaje o prácticas de *lobby*; o, finalmente, mediante órganos creados por las propias empresas propietarias de los medios de prensa como los Consejos de Ética o los Consejos de Prensa. Todo lo cual indica que es necesario regularlos para que coexistan los diferentes actores y su gestión sea benéfica para la población en general.

El éxito o fracaso de los intentos reguladores pueden evaluarse por el grado como el mecanismo regulador logra sus objetivos o resultados previamente diseñados. Cuando los objetivos no se han establecido claramente, debido a la falta de discusión de los intereses en juego, así como al real sentido de la *raison d'être* del régimen regulador, el éxito o fracaso se vuelve difícil de medir.

A causa del rápido cambio tecnológico y estructural de los medios de comunicación a fines del siglo XX, su ordenamiento y legitimidad han devenido en indispensables. Empero, la apreciación es que los intereses públicos que continúan justificando la regulación se han definido, a menudo, de forma débil y no son siempre reconocidos o protegidos adecuadamente aun bajo los nuevos criterios. Una preocupación importante es, por lo tanto, desarrollar un marco de trabajo teórico o institucional significativo con respecto a estos valores por la consideración de las políticas efectivas para afirmar y fomentar determinados valores.⁴

Los intentos de regulación conllevan un inmenso desafío y el peligro de ser censurados y vilipendiados apenas son sugeridos. En consecuencia, es bueno indicar hacia dónde se enrumba esta posible regulación; lo cual obliga a analizar cuidadosamente

4. Mike Feintuck y Mike Varney, *Últimas noticias del periodismo peruano*, pp. 5-6.

las diferentes opciones y propuestas que se hagan respecto a todos los aspectos de la vida social asequible en términos de valores democráticos y de justicia. Ello demanda un estudio integral e integrador de los aspectos jurídicos, económicos, comerciales, históricos y políticos.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es un derecho fundamental incorporado en casi todas las constituciones y consagrada en el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, desde 1948.

La libertad de expresión es el derecho que tiene toda persona, y la prensa es el medio para su realización. Empero cualquier persona, es cierto, puede manifestarse libremente, pero solo podrá ejecutarla o imprimirla si las empresas propietarias de los medios se lo permiten. Así la libertad de prensa o de imprenta constituye el medio más idóneo para el pleno desarrollo de la libertad de expresión.⁵ Ello hace necesario establecer un adecuado ordenamiento de los medios para posibilitar el ejercicio de esa libertad.

La libertad de prensa, de expresión, de opinión, de información o comunicación y la resistencia a su regulación constituyen las bases teóricas sobre las que se ha edificado el poder de los medios y también la dinámica principal que determina la relación entre el Estado, el individuo y dichos medios.

Al respecto, es posible apreciar varios criterios de la libertad de expresión que van desde la total supresión, hasta la acción ilimitada en nombre de la libertad de empresa, pasando por la prohibición selectiva, la búsqueda de los objetivos educacionales y, finalmente, hasta llegar al liberalismo abierto basado en el libre mercado que condena todo obstáculo a la libertad en todas sus manifestaciones. Sin embargo, estos criterios están lejos de las bases teóricas de la libertad de expresión que caracterizó el pensamiento del siglo XVIII enfocado en defender la libertad frente a la represión histórica del poder absoluto del Estado.

A partir de este referente es que el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, señala que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras...”; sin embargo, el nuevo contexto político, social,

5. Walter Gangi, *Libertad de prensa y libertad de expresión*, Buenos Aires, Bubok, 2009, pp. 30-39.

económico y tecnológico en el que se desarrollan los medios de comunicación puede, en ausencia de bases filosóficas explícitas, hacer que la invocación de la libertad de expresión, un pensamiento tan cercano al pensamiento liberal del siglo XVIII, sea derribado paradójicamente por los intereses y propósitos de las transnacionales de la comunicación.

La posibilidad de comunicar las creencias, ideas y visiones del mundo es un fundamento democrático. Sin embargo, en todas las democracias se colocan límites a la libertad de comunicación. Aun en los Estados Unidos de América, donde la garantía de la Primera Enmienda, la libertad de prensa, tiene la categoría de decisión suprema, las Cortes han admitido, no obstante, en circunstancias muy precisas, limitar la publicación de determinados materiales:

La limitación previa –la prevención formal de publicación– parece la más severa de las restricciones a la comunicación. Sin embargo, en Gran Bretaña existe un amplio rango de otras restricciones significativas, que van desde leyes generales contra la obscenidad, blasfemia, difamación e incitación al odio racial, mediante medidas específicas a los medios de comunicación tal como el régimen no estatutario de la censura del cine reforzada por el Directorio Británico de Clasificación de Películas (DBCP), la Ley de Grabaciones de Video 1984 y la interdicción temporal notoria en la transmisión de las voces de los miembros de organizaciones irlandesas proscritas por la Ley de Transmisión de 1990. También, aquellos que trabajan en los medios de comunicación de noticias deben estar pendientes de las leyes de violación a la confidencialidad (Central a la litigación del *Spycatcher*), desobediencia a la Corte, por supuesto, las Leyes Oficiales Secretas reformadas y aún de amplio rango.⁶

Las tecnicidades legislativas no deben preocupar por el momento y son suficientes para observar que, a pesar de la retórica de la libertad, existe un amplio rango de límites a aquello que puede comunicarse ya sea por los medios o por los individuos de manera particular. Aunque la Declaración Universal de los Derechos Humanos pueda haber cambiado las cosas de alguna manera, no ha invertido completamente cientos de años de historia en que simplemente había libertades residuales, en mérito a que es permitido aquello que no está expresamente prohibido. Podemos observar al respecto la posición de Estados Unidos de América donde el punto de inicio es la garantía a la libertad de expresión o de la prensa incluido en la Primera Enmienda de la Constitución que se mantuvo sin perturbación ni dudas hasta 1919 en que aparecen los primeros procesos ante la Corte Suprema que levemente permiten ciertas restricciones como fueron los casos *Schenek vs. Estados Unidos*, *Gitlon vs. New York*, o *Yates vs. Estados Unidos*.

6. Mike Feintuck y Mike Varney, *Últimas noticias del periodismo peruano*, p. 10.

La responsabilidad de la media frente a la sociedad ha sido resaltada en una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América en la que el juez Frankfurter señala: “Además de ser una empresa comercial, la prensa tiene una relación con el interés público a diferencia de cualquier otra empresa lucrativa [...] El objetivo de la prensa [...] es la promoción de la verdad relacionada a asuntos públicos estableciendo las bases para su entendimiento” (Associated Press vs. US (1945) 326 US 1).

Esa intervención ha sido limitada esencialmente a los asuntos estructurales o económicos mas no al contenido de las emisiones que continúan gozando de la protección de la Primera Enmienda. Incluso la industria pornográfica, históricamente muy restringida en Gran Bretaña, continúa gozando de protección constitucional en los Estados Unidos de América. Por supuesto, dichos cambios relacionados a asuntos tales como el acceso a material de sexualidad explícita ahora deben verse en el contexto de una realidad tecnológica de información internacional que circula sin restricciones.

Igualmente, el Pacto de San José de Costa Rica en el mismo art. 13 mencionado establece dos limitaciones: la primera (inc. 4) a los espectáculos públicos, para proteger la moral de la infancia y de la adolescencia; y la seguridad (inc. 5) cuando prohíbe toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitación a la violencia o cualquier acción ilegal contra un individuo o grupo de personas.

De tal manera que esta importante libertad, como el resto de libertades humanas, tienen ciertas y expresas limitaciones.

Barendt⁷ presenta tres criterios que sustentan la libertad de expresión. El primero es el argumento de la verdad, basado en la filosofía utilitaria de John Stuart Mill. De acuerdo con ello la discusión abierta es crucial para el descubrimiento de la verdad y así, si la información y la expresión están restringidas, el descubrimiento y la publicación de hechos verdaderos y los juicios que se emitan serán parciales o limitados. El valor de la verdad es inherente y autónomo, aunque también puede derivar de los argumentos utilitarios con respecto al desarrollo de la sociedad.

En consecuencia es posible discernir una línea utilitaria más avanzada de argumentos subyacentes de la verdad. Es la idea que la defensa de la libertad de expresión como búsqueda de la verdad ayuda a asegurar que ningún conjunto de valores pueda dominar la sociedad.

Empero, la búsqueda de la verdad puede llevar a desviaciones, como es el caso de la exposición de textos o informaciones privadas o reservadas. Lo cual nos lleva a cuestionar si la publicación de cualquier documento, conversación o video, aun

7. Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 12 y ss.

verdadero, es una forma legítima de búsqueda de la verdad. Por ejemplo, ¿sería una expresión de la verdad la publicación y difusión de documentos gubernamentales filtrados, bajo la justificación de que es una contribución al conocimiento de la verdad; o por el contrario deben estar restringidos en nombre de la seguridad nacional o el interés público? Las justificaciones de estas restricciones tienden a colisionar con el amplio concepto del interés público que puede estar reforzado con el argumento de que la libertad de expresión es fundamental para la democracia.

Los argumentos de la verdad pueden construirse sobre la confianza en la eficacia de un mercado competitivo de las ideas y es aparentemente fácil que, como todos los mercados, se pueda regular si se lleva a cabo la comunicación efectiva y por lo tanto dentro de los beneficios del libre mercado. Así, por ejemplo, imaginemos a dos oradores que hablan simultáneamente: será completamente difícil entenderlos. Ninguno contribuirá a un debate efectivo, claro y significativo para llegar a la verdad. Por lo que se hará necesario que el debate o confrontación sea ordenado por algún organismo o árbitro, a fin de que sea eficiente y beneficioso. De igual manera, si, como ocurre, con frecuencia, un orador trata de imponer sus ideas el mercado del discurso caerá en el monólogo; ocurrirá la captura monopólica u oligopólica; lo cual hará necesario su regulación pues si no se perderán los beneficios de la libre competencia y concurrencia.

El segundo criterio de la libertad de expresión, identificado por Barendt, parece derivar de un enfoque individualista en lugar de uno utilitario: “los argumentos de autocumplimiento”. El criterio es que las restricciones a la expresión inhiben el crecimiento individual ya que las personas no se desarrollarán a menos que tengan libertad de formular sus creencias y actitudes políticas mediante la discusión y la crítica. Esto parece ser una justificación de aplicación más amplia, como lo es el derecho o libertad a la vivienda decente, la salud o a la educación. Una limitación perceptible de esta línea argumentativa es que puede tomar fácilmente la forma de una libertad negativa: “en contra del Estado” en lugar de un reclamo positivo. Entonces, se convierte la libertad en un rehén de la fortuna, siendo muy susceptible a la interpretación judicial, pero dentro de los estándares constitucionales que lo abarcan todo. En el contexto moderno surge la cuestión, a esclarecer, si la libertad de expresión posibilita también la imposición de limitaciones al ejercicio del poder de las transnacionales.

El tercer y último criterio de Barendt se basa en el argumento de la participación ciudadana. Especialmente dentro del contexto de los debates que suscitó la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, según la cual la libertad de expresión permite a los individuos involucrarse en los asuntos políticos, dándoles poder para participar efectivamente como ciudadanos en la defensa de sus derechos, lo que parece representar un aparente modelo individualista. Barendt observa que su firme espíritu utilitario se encuentra alrededor del interés de la mayoría de la sociedad al perseguir esta política. Sin embargo, resalta algunos problemas especí-

ficos que pueden surgir dentro del contexto de una representación parlamentaria (en comparación con el individuo) dentro de un sistema democrático, ya que este enfoque permite a los congresistas, elegidos temporalmente, imponer restricciones al interés público. La única respuesta obvia a este problema parece ser que ciertos “derechos”, como la libertad de expresión, son tan importantes que no pueden eliminarse fácilmente por un gobierno que está temporalmente en el poder. Dicha acción restrictiva puede, especialmente dentro del sustento de los términos constitucionales, ser vista como ilegítima y/o ilegal. Las respuestas alternativas a este dilema parecen retroceder frente al argumento individualista de autocumplimiento o, posiblemente, es un retorno a los argumentos de la verdad.⁸

Ninguno de los tres criterios puede ser admitido plenamente, como las líneas claves de argumentación que sustentan la libertad de expresión o de comunicación. La jurisprudencia en Gran Bretaña y en los Estados Unidos de América a menudo contiene conceptos como “ciudadano” o “derechos humanos” asociados con los argumentos de auto-cumplimiento y participación ciudadana. Si cualquier combinación de los tres criterios es o no aceptado, demuestra la centralidad de la libertad de expresión o información como base de las creencias democráticas, aunque existan disputas sobre su naturaleza precisa y su ámbito.

Finalmente, los tres criterios comparten una creencia subyacente respecto del derecho que tienen los individuos y grupos sociales para acceder a un amplio rango de información (político y cultural), ya sea desde el punto de vista de la sociedad, comprobando la verdad, o del autocumplimiento individual, o la acción ciudadana al participar efectivamente en la vida comunitaria. Sin embargo, en las sociedades modernas esto debe observarse principalmente como un asunto de masa, en lugar de una comunicación individual, pues la transmisión y recepción de la comunicación, en una época en la cual millones de individuos están intercomunicados a través de una red internacional de computadoras personales, que requieren siempre el acceso a los medios de comunicación masivo como el internet, la hace depender de los proveedores o detentadores de la tecnología de la información.

Frente a los valores de libertad de expresión o comunicación compiten los de privacidad, el derecho a la intimidad, al honor, a la dignidad de las personas, incluso a la vida sosegada y tranquila. Empero, estos valores se han convertido en mercancía dentro del mercado de las noticias ya que la intimidad se comercializa en las pantallas de televisión y en las páginas de los tabloides del escándalo. Incluso los procesos judiciales son un producto que se vende y comercializa rápidamente para evitar su

8. *Ibid.*, p. 20.

obsolescencia. La gran prensa quiere resultados inmediatos para terminar la historia y empezar otra nueva. Lo que lleva, con frecuencia, a manipular la decisión de los jueces para que actúen no dentro de la tranquilidad y los términos que exige la búsqueda de la verdad, sino dentro del lapso que demanda una noticia que se desvanece rápidamente en el tiempo. Todo ello exige analizar la acción de las transnacionales de comunicación que, al invocar las libertades de expresión y de prensa, buscan fortalecer sus fines comerciales, ya que actúan buscando maximizar el suministro de “información” sobre el cual se presupone se articula la demanda. Esta es la manifestación concreta de la falta de coincidencia entre las bases filosóficas de finales del siglo XVIII con el contexto de finales del siglo XX que lo ilustra Hertz como la tesis del capitalismo global basado en el *laissez-faire* económico, la cultura del consumismo, el poder de las finanzas y el libre comercio. Un sistema en el cual las transnacionales son el rey, el Estado el sujeto y los ciudadanos los consumidores... un silencioso y nulo resultado del contrato social.⁹ Ese poder de los nuevos reyes absolutos hace plausible intentar regular los límites de la libertad de los medios de comunicación con miras a resguardar el interés público. El único problema es el definir ese interés público.

EL INTERÉS PÚBLICO

El rol central de los medios de comunicación gira en torno al concepto de interés público y su responsabilidad como guardián de él. Al respecto, Jürgen Habermas, señala: el interés, el círculo o espacio público como aquella área de la vida social en donde el intercambio de la crítica y visión de posiciones contrapuestas lleva a preocupaciones comunes. Considera que hay dos posturas distintas: la crítica y la opinión mediatizada, manipulativa o representativa que actúan en la realidad. El interés público se configura cuando los ciudadanos, al ejercitar sus derechos de reunión y asociación, se aglutinan como organismos públicos para discutir asuntos de interés nacional. Cada reunión de los individuos constituye una porción de espacio público y cuando este número es más amplio se precisa de medios que los interrelacionen como los periódicos, revistas, radio y televisión. Ya que los trajines de la actual sociedad dificultan la posibilidad de aglutinar físicamente a todos los ciudadanos como en la antigua ágora, los medios de comunicación se han convertido en el eje de las grandes convocatorias pues los une simultáneamente sin que salgan de sus domicilios. El ágora ha sido reemplazada por la reunión virtual dentro de la cual la voz o la imagen

9. Noreena Hertz, *The Silent Takeover: Global Capitalism and the Death of Democracy*, New York, Simon & Shuster Inc., 2002, p. 5.

del medio influye en la concepción u orienta determinados intereses.¹⁰ Sin embargo, el concepto de Habermas del espacio público insiste en la centralidad analítica del discurso razonado y crítico. El círculo público existe, en resumidas palabras, en el razonamiento activo de las personas. Es por medio de dicho discurso que se genera la opinión pública, lo que lleva a formar las políticas del Estado y el desarrollo de la sociedad como un todo.

Tehrani¹¹ indica que “las políticas públicas se encuentran en el proceso de la comunicación pública y que las instituciones democráticas lo incrementan”. Es claro que los medios de comunicación pueden facilitar el logro de la verdad, el autocumplimiento, la participación ciudadana y poseen el potencial de promover la iniciativa de un discurso racional identificado en el círculo público de Habermas. Sin embargo, las actividades de los medios de comunicación también pueden verse, de una manera menos benévola, como expositores de agendas políticas particulares que manipulan el material informativo para sus fines comerciales y/o políticos, sobre todo cuando a partir del último decenio del siglo XX los sondeos de opinión pública se han aliado con los medios para convertirse en nuevas expresiones del interés público y, lo que es más grave, en pretender ser la expresión de la voluntad popular. Es evidente el poder que los medios de comunicación ejercen en una sociedad en donde los individuos se comunican personalmente con solo una pequeña proporción de sus conciudadanos y, si este poder no se regula con los mecanismos responsables adecuados podría afectar las expectativas constitucionales fundamentales. Si bien los medios de comunicación pueden estar regulados por la Constitución, ello no hace desaparecer la sospecha de que su poder e influencia afecta significativamente el destino de las personas y la democracia.

De la misma manera que en los mercados existe el riesgo de que uno o más actores lo dominen plenamente, los medios de comunicación parecen mostrar una predisposición peculiar hacia el monopolio u oligopolio. Basta revisar cómo están estructurándose y creciendo las transnacionales de la media en el mundo y particularmente en América Latina. De tal manera que para continuar reclamando legítimamente el poder asociado con la libertad de expresión y la dominación de sus canales, deben contribuir a que los ciudadanos adquieran un rango de “información” política y cultural, desde la cual puedan comprometerse, individualmente o colectivamente, en un proceso que les permita una información veraz y clara del mundo. En este sentido, son un recurso público. Si lo imperativo comercial orienta a los medios hacia el control monopólico o

10. Jürgen Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, G.Gili, Cap. 11, 1990, pp. 60 y ss.

11. Majid Tehranian, “Global Communication and Its Critics”, en *Journal of Communication*, Malden, 1995. p. 39.

casi monopolístico y trae como consecuencia un rango más restringido de información u opiniones disponibles, en donde el conocimiento es cada vez menos un bien común y por el contrario asume una posición privilegiada, podría concluirse que son contrarios a las expectativas democráticas que tiene como premisa la libertad de expresión.¹²

Es entonces incongruente invocar la libertad de expresión y de prensa que hacen los medios de comunicación, ya que sus actividades parecen ser contrarias a la democracia pues hay un incremento geométrico de la posesión de la información en manos de las transnacionales frente a la nula posesión por parte de otros medios privados que solo abrevan o repiten de aquellas. Basta contemplar cómo las grandes cadenas de televisión de los Estados Unidos de América poseen las fuentes de información o las detentan frente a la manera como las televisoras latinoamericanas las repiten luego.

Si bien tradicionalmente la amenaza a la libertad de expresión proviene de un Estado arbitrario, en la era actual ella germina del poder de las propias transnacionales. La lógica institucional de los medios de comunicación masivos, y particularmente la industria de la televisión, no promueve el interés público sino el de sus anunciantes o auspiciadores ya que su fin principal es maximizar las ganancias. Tal como se refleja en la declaración de los medios de comunicación comerciales cuando afirman que no es la promoción de productos a las audiencias su propósito principal, sino la promoción de los anunciantes y la defensa de sus intereses frente a sus mudos espectadores o lectores.

Ese poder se ejercita en los procesos políticos que influyen en la vida de la comunidad y de los estados, lo cual requiere de una cierta regulación para asegurar que se ejecute dentro de los principios democráticos, defendiendo al ciudadano y el interés público en lugar de preterirlos. La tensión entre las aspiraciones del interés público y el interés comercial de los medios ha llegado a convertirse en el centro vital de discusión en los últimos años.

Si admitimos que los medios son actores principales en el mercado internacional, también tenemos que reconocer que desempeñan un rol y asumen por ello la condición de un poder real. En tal razón los medios de comunicación juegan un papel destacado en la política y actúan como un contrabalance entre el Estado o el gobierno, el ciudadano individual y los grupos sociales intermedios entre el país y las potencias externas. Esta función depende del grado de pluralidad que ellos admitan en su programación y, en cuanto a la propiedad se relaciona con el contenido del editorial, según la diversidad de propietarios y los intereses y propósitos que defiende cada paquete accionario.

12. Mike Feintuck y Mike Varney, *Últimas noticias del periodismo peruano*, p. 16.

Cuando todos los medios de comunicación se encuentran bajo el control de un solo inversionista o pequeño grupo empresario que simpatiza con el gobierno de turno, o pertenece únicamente al Estado, su efectividad como mecanismo de contrabalance es muy discutible. Así ocurrió en la Alemania nazi o la estalinista Unión Soviética en donde los medios de comunicación controlados por el Estado fueron un brazo del gobierno en lugar de un mecanismo de equilibrio, y actuaron a favor del partido único y totalitario de lo antidemocrático en lugar de promover los objetivos ciudadanos de libre escrutinio y responsabilidad. Y así ocurre cuando el sector privado desplaza a la intervención estatal, asumiendo la conducción de una sola línea de pensamiento o la defensa de los intereses de un grupo económico-político. Ello empuja cada vez más al convencimiento y a la necesidad de su regulación.

La relación de los medios de comunicación con la democracia es obviamente problemática. La tesis de Robert McChesney en su obra *Rich Media, Poor Democracy* demuestra cómo, en el contexto de un mercado altamente concentrado de los medios de comunicación como es los Estados Unidos de América, el contexto económico en el que operan los obliga a defender y reflejar principalmente los intereses corporativos de los oligopolios, desestabilizando los valores democráticos. Así, a partir del mito del libre mercado, buscan consolidar su poder controlando todos los sistemas mediáticos y reinterpretando falsamente la historia o manteniendo el *statuo quo* en la esfera de las tecnologías de comunicación. Igualmente reconoce la penetración de los medios en todas las esferas de la vida ciudadana con un sentido meramente comercial, convirtiéndose en la fuente de grandes lucros y en instrumento efectivo del control de la conciencia de masas.¹³

Los medios de comunicación impactan o interfieren en la vida política de los ciudadanos de tres maneras: en el período de elecciones, al proponer una figura política; al establecer y defender los intereses de grupos de poder; y, finalmente, como una fuente del conocimiento única que impulsa una determinada acción cívica. Un ejemplo fue la campaña eleccionaria presidencial en el Perú, durante el año 2006, en que toda la prensa escrita y televisiva unánimemente atacó al candidato Ollanta Humala que ganó en la primera vuelta, pero que quedó sin reservas para la segunda en que perdió frente al reelecto candidato, Alan García, cuyo primer gobierno había sumido al país en la más profunda crisis económica de su historia y con una seria imagen de corrupción. Eso mismo se repitió en el verano y el otoño de 2011 y contra la misma víctima política y, aunque el candidato denostado venció, no por ello dejó de ser un caso de abuso y prepotencia mediática. Otro ejemplo es la reforma de la ley de vivien-

13. Robert W. Mc. Chesney, *Rich Media, Poor Democracy*, Illinois, Board of Trustees, University of Illinois, 1999, pp. 200 y ss.

da en Gran Bretaña después de la protesta que se generó por la película *Cathy Come Home* (Cathy llega a casa) de Ken Loach, en 1966, que es una muestra del poder de los medios de comunicación para influenciar en las reformas sociales.

En las sociedades actuales la creencia de que compartimos expectativas, suposiciones, valores y, más ampliamente, “una visión única del mundo” es el resultado de la industria de tiempo libre que traslapa el sentido de los medios de comunicación. En la medida en que son actividades comerciales, las artes visuales junto con la industria del ocio, como los deportes y apuestas (bingo, loterías, tiendas de apuestas y casinos), forman parte de la industria del entretenimiento, que, aunque estén vinculados, no pueden considerarse parte de los objetivos sociales de los medios de comunicación masivos. Sin embargo, el área de traslape es grande, ya que involucra los programas de radio y televisión, el mercado de cine y video, la industria de la música grabada y toda el área de los audiovisuales.

Ya sea si se ve como una fuerza hacia la solidaridad social, como causa de la atomización de la sociedad, o como el “opio de los pueblos”, debido al uso de las tecnologías de información, es justo concluir que los medios de comunicación masiva, especialmente la televisión, han proporcionado, por más de cuarenta años, muchas de las experiencias que el mundo ha compartido, como la pasión y la angustia en los deportes, el drama recurrente de los futbolistas en el gramado, los cientos de nacimientos, casamientos y muertes y las novelas favoritas. Hemos compartido crímenes ficticios y recreados, desastres naturales hechos por el hombre, peleas y batallas perdidas y ganadas. Algunas veces hemos llorado y reído juntos a miles y millones de personas en eventos que se difunden a través de nuestras pantallas y en las radios. Aunque estemos solos o en familia o dentro de un círculo social, formaron el punto focal de muchas de nuestras interacciones durante días y semanas. Nunca la historia ha estado tan visualmente expresada que en estos tres últimos decenios.

La televisión gratuita puede decirse que provee “una cohesión cultural de la nación”. La amenaza de la penetración cultural a escala global, facilitada por los medios de comunicación de idioma inglés, llega a ser ostensible. Pero, cualquiera que sean los mensajes transmitidos por los medios, independientemente de que los individuos, grupos o naciones los entienden y tengan el efecto que se desea de ellos, es la radiodifusión comercial la que produce ganancias por la publicidad y es indicativa del poder que tiene en la mira de aquellos que poseen productos para vender.

También es importante observar, con relación a una expectativa de igualdad ciudadana, cómo los diferentes grupos sociales son más o menos influenciados por los medios de comunicación masivos; y, más o menos, se encuentran disponibles para transmitir sus opiniones usando diferentes recursos.

En muchos países, las personas ricas y sofisticadas son a menudo, respecto del uso de los medios de comunicación masivos, paradójicamente pobres ya que no ven

mucha televisión. En tanto que los pobres, y ciertamente los menos educados, son en cambio, ricos en el uso de los medios de comunicación masivos ya que generalmente ven mucha televisión. Así, contrariamente –un problema en el centro de nuestras sociedades modernas–, las personas que ven demasiada televisión tienden a tener una información pobre y las personas que no ven televisión son a menudo ricas en información.¹⁴

Es evidente que el poder existe y, también, que en todas las sociedades la propiedad de los medios de comunicación y sus propósitos son temas políticos. En consecuencia, debemos esperar que el Estado y los gobiernos tengan un interés activo respecto de la actuación de los medios y particularmente, respecto de su poder en la sociedad en su conjunto. Su conceptualización al llamarlos “el cuarto poder” es una simplificación.

A través de un relato histórico del desarrollo de los intentos del Estado para aligerar el poder e influencia del cine y la prensa popular, Eldridge¹⁵ concluye que en el siglo XX “el control del mercado y del sistema de información llegaron a ser el tema principal de la estrategia de los gobiernos para manejar los medios de comunicación”. Aunque el acceso y el control de la información debe ser una parte importante, cuando se analiza la regulación de los medios es igualmente conveniente entender el contexto particular en el que dicho debate se realiza. En la era actual, la globalización de los intereses de las transnacionales de la información, se alía con el cambio tecnológico para formar lo que es, por lo menos, un entorno exigente en el que se desarrolla e implementa su política y los intereses empresarios. Para el propósito es aconsejable cuadrar las tendencias e intereses transnacionales y el dominio de la ideología centrada en el libre mercado, dentro de la política moderna, con un conjunto de otros valores como la tradición y la cultura de cada nación.

LA TECNOLOGÍA, LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SU MANIPULACIÓN

Es evidente la dominación que hoy en día ejercen los gigantes transnacionales sobre los medios de comunicación nacionales. En Italia, Silvio Berlusconi asumió el poder político para dominar el sector de la televisión comercial, y efectivamente retó la primacía que tenía la RAI (Radio Televisión Italiana). En Gran Bretaña, Rupert Murdoch se abrió paso e impulsó su dominio en la radiodifusión satelital mientras que simultáneamente levantaba un *holding* aproximado a un tercio del mercado inglés

14. *Ibid.*, pp. 270 y ss.

15. John Eldridge, *The Mass Media and Power in Modern Britain*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 23.

de periódicos. En América Latina, estructuras monopólicas que agrupan periódicos, radios y revistas son ostensibles y tienen una orientación ideológica que influye en la ciudadanía.

Aunque el intento regulador es mucho más grande que el más poderoso magnate de los medios de comunicación, también hay que reconocer que cualquier poderoso grupo que es amenazado por un intento regulador pronto es reemplazado por otro, u otros, que ejerce la misma agenda y representa los mismos intereses.

En Estados Unidos de América, el mercado de los medios de comunicación (televisión, cine, periódicos y revistas) está en manos de un pequeño número de gigantes corporativos, lo que significa un reto para cualquier intento de ordenación.

Si bien la regulación de la propiedad de los medios se ha dado tradicionalmente a un nivel nacional, el mercado se ha tornado cada vez más amplio, principalmente en cuanto a la transmisión transfronteriza de los diferentes productos y respecto de los patrones de propiedad.

Al respecto, históricamente, el mecanismo regulador más efectivo ha sido la revocación de la licencia, posteriormente otros mecanismos derivados del desarrollo tecnológico, relacionados con la aparición de cada vez más transnacionales en los mercados de comunicación masiva.

En una primera época, solo las agencias de noticias operaban internacionalmente, mientras que actualmente los estilos de Fox, CNN y MTV se difunden globalmente, y se forman los imperios como los que opera Murdoch en una escala transcontinental. Tales expresiones son un problema para cualquier intento de regulación, por la significancia limitada de las afiliaciones nacionales frente a las transnacionales globales que abarcan mayores espacios con distintos idiomas. Pero, también, son una amenaza para los valores como el servicio público, la soberanía y la democracia, ya que la característica principal de los medios globales es su mercantilidad, que se apoya en el volumen de la publicidad, convirtiéndolos en dependientes de las *trading companies* o transnacionales del comercio exterior que contratan el aviso.

La magnitud de las transnacionales de comunicación se incrementa constantemente por los procesos de integración horizontal (dentro de los sectores individuales de los medios) e integración vertical (a través de los distintos niveles) que se dan casi diariamente. El resultado de estos procesos hace que aun las grandes empresas americanas como NBC y CBS sean excluidas del mercado por gigantes como Disney y Time Warner, quienes pueden proveer sus filmes a sus propias radiodifusoras y canales de televisión por cable.

La relevancia económica del mercado de los medios de comunicación es cada vez más creciente y representa el 3 al 5% del PBI en muchos países europeos. En una economía global en aumento, no debe sorprendernos, en tanto, que muchos de los

medios de comunicación realmente internacionales se encuentren dominados por las transnacionales de los Estados Unidos de América.

Cuando los beneficios económicos tientan a los gobiernos, dependientes de las imágenes a lograr un éxito económico, permitiendo o fomentando la formación de imperios locales de comunicación masiva que puedan competir a escala global, conllevan el riesgo de hacerlos crecer dominando el mercado interno, lo cual representa un desafío para cualquier regulación nacional. Sin embargo, dada su importancia obvia para la vida política, cultural y social nacional, dichos riesgos deben ser enfrentados.

La relación entre los intereses económicos privados y los intereses públicos es preocupación del derecho de la competencia, ya que las empresas de comunicación masiva parecen particularmente proclives a la concentración de la propiedad y el poder que ello suscita. Aunque fundamentalmente el esfuerzo regulador es la resolución de los conflictos a un nivel nacional, el crecimiento internacional de las transnacionales de la información, combinado con el desarrollo tecnológico y la reducción de muchas de las barreras institucionales y legales tradicionales para realizar transacciones fuera del país, han modificado las reglas de juego, debido a las asimetrías de poder económico que trascienden e impactan en lo político y jurídico.

Efectivamente, hay una reacción de los medios de comunicación global para alejar el enfoque regulatorio de su locación tradicional en un determinado país acercándolo al rol asignado a las organizaciones internacionales. Por otro lado, los esfuerzos académicos y gubernamentales destinados a establecer una agenda reguladora ha sido lento y laborioso comparado con el desarrollo tecnológico y empresario. Debe indicarse en esta fase que, desde una perspectiva democrática, dichos esfuerzos podrían limitarse por el hecho de que su enfoque primario se basa, según la economía, en cuanto a la protección de la inversión extranjera directa (IED), en lugar del derecho del ciudadano común. Al contrario de lo que ocurrió a fines del siglo XX, en que la atención se centró en cuanto a la protección de los intereses nacionales, ahora ello se ha diluido para alentar, promover y proteger a la IED.

DESARROLLO Y CONVERGENCIA TECNOLÓGICA

La estructura empresarial de las transnacionales de la información refleja un movimiento hacia un mercado global, impulsado por el significativo cambio tecnológico que abarca un mayor dominio de los espacios. Ello posibilita el desarrollo de los servicios de teletexto que permite a los periódicos y canales de televisión mantener una presencia significativa en la *web*; la televisión internacional; las compras interactivas y los servicios bancarios, junto con las telecomunicaciones de punto a punto por me-

dio del cable de fibra óptica. Otra manifestación obvia y actual de dicha influencia es la llegada de la televisión digital terrestre.

Los grandes cambios tecnológicos en los medios de comunicación se iniciaron en los años de 1980 con la introducción del color en la impresión de los periódicos y el empleo del ‘hot-metal’ o producción *linotype* veinte años antes. Pero la gran revolución tecnológica llegó con la radiodifusión satelital. En tanto es probable que sea el cable de fibra óptica el futuro de los medios de comunicación, ya que puede llegar a todos los hogares, pero adicionalmente la conexión a redes de computadoras y servicios interactivos como los servicios financieros, las compras y videos a través de las redes de telecomunicación (teléfono y fax) son una posibilidad inmediata pues se hace por un solo cable. Ello permite el acceso del individuo a cualquier fuente de información, pero también afecta la religión, la historia, la cultura, la percepción del mundo y da origen a una élite nueva especializada en el uso de una tecnología en particular que asume un rol de liderazgo en el desarrollo de nuevas ideologías e instituciones sociales.

Es difícil predecir con certeza el impacto tecnológico. Podría ser que los “medios de comunicación masivos” sean obsoletos y cada individuo llegue a ser su propio “publicista en el hogar”, o su asistente de lectura y ya no necesite del material de circulación masivo al poder elegir el acceso a lo que quiere leer o ver. El consumidor final puede establecer su propia agenda u horario en lugar de depender del editor del periódico o el programador de la televisión que le señalan día y tema.

Es posible que las grandes transnacionales de la comunicación masiva se disgreguen en empresas medianas como resultado de la publicación electrónica a través del uso de la llamada “súper carretera de la información” y las redes de cables de fibra óptica. Por lo tanto, es factible que internet y la revolución digital no representen una amenaza inmediata al poder de las transnacionales de comunicación; que es probable se maximicen los lucros del internet debido a que se pueden comercializar mejor sus productos a través de otros canales más disponibles, demostrando nuevamente su fuerza.

Mientras el acceso a internet permanezca limitado a una élite en casi todos los países, propiciará la estratificación social. Así, la llamada revolución informática podría simplemente saltarse algunos sectores de la sociedad y llevar a una concentración de la información, dando como resultado un desproporcionado poder a aquellos grupos que ya lo disfrutaban.

Sin considerar el futuro, ciertas consecuencias inmediatas son ya visibles. La digitalización de la radio-televisión significa el fin de la escasez de la frecuencia, que ha sido el mecanismo de regulación más conocido de la radiodifusión. El potencial de la compresión digital para crear cientos de nuevos canales dentro de un espectro inicialmente restringido a cinco canales análogos de televisión, adecuadamente separados, evitando la interferencia de canales cruzados, ofrece la capacidad de aumentar amplia-

mente la selección o “wall-to-wall Pop Idol”. Hoy en día es posible que en un espacio pequeño del espectro existan más canales; de tal manera que quien tiene actualmente la concesión de un canal tradicional podría –si el Estado no lo percibe– hacerse de mayores señales, lo cual los convertiría en más poderosos. Sin embargo, si el acceso a dichas formas es por un precio que el televidente individual debe pagar, estas no se encontrarán disponibles para cualquiera; solo lo estarán para quienes puedan pagar. Si estos servicios extras de la televisión no son gratuitos, propiciará la formación de jerarquías sociales y desestabilizarán la cohesión cultural. Al mismo tiempo, si la situación no se regula adecuadamente, el rango de los canales, y por lo tanto la elección del contenido, podría controlarse por quienes poseen los mecanismos de concesión. Mientras que en un momento las preocupaciones se relacionaron respecto a la intervención estatal, cada vez lo es más respecto a una intervención directa de los dueños de los medios en el contenido de los programas transmitidos. Un ejemplo es el caso de Murdoch cuando retiró a la BBC del servicio que proporcionaba a Asia vía el satélite Star y la decisión en el mes de febrero de 1998 para que su empresa editorial Harper Collins retirara la publicación de las memorias de Chris Patten (el último gobernador británico de Hong Kong) con la finalidad de evitar alguna alienación del gobierno chino y, por lo tanto, mantener su capacidad de penetrar a este inmenso mercado.¹⁶

Hay una oligarquía planetaria que controla la mass media en todas sus formas y esa oligarquía tiene métodos repulsivos como es el caso del mencionado Rupert Murdoch, que hace negocios con los gobiernos facilitándoles medios dóciles y sumisos que representan intereses económicos que se imponen por encima del ciudadano.¹⁷ Todo lo cual nos reitera la necesidad de ordenar las innovaciones tecnológicas de los medios y su poder con el derecho ciudadano y la democracia.

Inicialmente, la atención debería dirigirse hacia el control de la infraestructura de los medios de comunicación, exigiendo, por ejemplo, que los servicios de telefonía se ofrezcan a través de casetas gratuitas. Las nuevas reglas pueden considerar la adopción de mecanismos ya utilizados en otros campos, como en el de las telecomunicaciones, que posibilite la acción de nuevos operadores. Por otro lado la disposición de computadoras conectadas al internet en las bibliotecas públicas no proveerán los mismos beneficios de los que disfruta quien tiene acceso desde su hogar u oficina. La generalización de dichos beneficios hacia toda la población es un asunto dentro de la potestad de la intervención estatal en los mercados en donde “el interés público” lo exige, y una disposición, por parte de los gobiernos económicamente liberales, para hacer ajustes económicos en búsqueda de una forma de justicia social. Aunque dichas

16. Mike Feintuck y Mike Varney, *Últimas noticias del periodismo peruano*, pp. 26-27.

17. César Hildebrandt, “Los nuevos retos de la prensa internacional”, p. 143.

normas podrían ser de interés, su práctica es insuficiente frente a la exigencia de la ciudadanía ya que los servicios básicos en línea no son suficientes para asegurar que la población tenga acceso a un amplio rango de comunicaciones habilitándolas a participar como verdaderos ciudadanos con todos sus derechos.

En cualquier caso, las casetas de telefonía no parecen ser lo más satisfactorio. Es altamente dudoso que aquellos que no tienen, por decir, el equipo de recepción satelital vayan a un lugar público para ver televisión, aunque las plazas públicas pueden ser una opción. En la práctica, es necesario imponer los requerimientos que deben tener según los que controlan los mecanismos de concesión, exigiendo que suministren los servicios gratuitos en el punto de uso, junto con la suscripción o servicios de *pay-per-view* (pagar por ver). Por otro lado, las televisoras estatales podrían cuestionar este servicio gratuito y requerir un subsidio para ayudar a financiar su entrega. Estas y otras opciones se pueden considerar, pero es bueno indicar que el ambiente tecnológico y comercial exige un cambio del enfoque regulador respecto de quienes controlan la concesión de los medios de radiodifusión en lugar del contenido de la programación o la propiedad de las empresas radiodifusoras. Ello es un alejamiento de la corriente regulatoria de la estructura y contenido, hacia la regulación del comportamiento en el mercado de los medios de comunicación. Debe considerarse la relación más generalizada entre los diferentes conceptos de competencia que informan sobre la perspectiva del derecho de competencia, y la visión paradigmáticamente diferente incorporada en ciertas consideraciones del “interés público”.¹⁸

El cambio de la radiodifusión análoga a digital suscita preguntas que resultan relevantes al igual que los intentos para restringir la estructura monopólica del control de las entradas tecnológicas en la infraestructura de distribución. Algunas respuestas las ha dado la Unión Europea. Sin embargo, es posible que dichos intentos para limitar tan gran poder tengan efectividad a menos de que sean parte de una política extensa y coherente de la regulación de los medios de comunicación como un todo. El ordenamiento del mercado será ineficaz salvo que el mercado de los medios como un todo se regule.

El espectro de la radio, vía por la cual las transmisiones convencionales se han encaminado, es en efecto un “recurso natural público”, y, ciertamente, en una era de comunicaciones masivas, ello incluye el significado que tienen los medios de transmisión para satisfacer el interés público. Al punto que, aun en un mercado liberal como los Estados Unidos de América, el Estado ha trabajado para regular las radiodifusiones. Sin embargo, hasta la fecha ello no ha ocurrido, especialmente en el internet,

18. Mike Feintuck y Mike Varney, *Últimas noticias del periodismo peruano*, p. 28.

respecto del interés ciudadano, pues se le ha dejado bajo el impulso de sus operadores comerciales y las fuerzas del mercado.

El desarrollo de los medios de comunicación requiere de una respuesta original del Estado que proteja la propiedad privada de los principales actores corporativos de los medios de comunicación. Aunque es posible clasificar la regulación como una restricción al ejercicio de los derechos de propiedad privada, podría ser que esta situación requiera un examen ingenioso y nuevo como es la propia tecnología informática, respecto de las estructuras de propiedad con la finalidad de asegurar la libertad de las comunicaciones para todos en el futuro. El acceso a la propiedad, particularmente el acceso a los sistemas, tendría que reexaminarse en mérito a la libertad de las comunicaciones. Este hecho ha sido enfrentado dentro del nuevo marco regulador de la Unión Europea, en donde la “doctrina de las capacidades esenciales” se emplea con la finalidad de asegurar que las radiodifusoras puedan tener acceso a las redes según los términos que se estimen como “justas, razonables y no discriminatorias”.¹⁹

Es posible argumentar que estas medidas pueden tener un grado de impacto y que sea necesario tomar acciones para asegurar la función competitiva del mercado. El esfuerzo por mantenerlas no es suficiente. Entonces, es necesario replantear la visión de la responsabilidad social de la propiedad privada de los medios de comunicación digitales con la finalidad de asegurar que los ciudadanos sientan los beneficios reales que ofrece el vasto incremento de la capacidad de radiodifusión debido a los avances tecnológicos recientes. Una forma de conceptualizar este cambio posible podría ser por medio de un equipo de *stewardship* (gerencia), un concepto de nueva gestión que propone Mike Feintuck & Mike Varney.

Es imposible predecir con certeza el alcance de la nueva infraestructura informática. Pero, indudablemente, es una parte esencial de la democracia, que exige el mayor análisis, ya que la afecta para bien o para mal, según el interés y acción de sus propietarios. Los partidarios de la regulación buscan tener el poder para restringir la utilización de este medio como un bien comercial cuando infrinja su función democrática. El problema se presenta cuando la acción reguladora se retrasa haciendo difícil llegar a legalizar la intervención estatal y limitar los derechos de propiedad privada de las corporaciones controladoras. Un problema futuro de la regulación es la ruptura del sector convencional que existe entre la radiodifusión tradicional hacia una audiencia masiva y la comunicación individual de punto a punto, con una “transmisión cercana” que forma actualmente un medio híbrido de comunicaciones. Considerando la naturaleza

19. *Ibid.*, p. 29.

internacional de los medios modernos de comunicación, tales temas parecen reafirmar la necesidad de una apreciación medida y prudente de la intervención estatal.

Es fundamental admitir que hoy en día los medios de comunicación deben articularse teniendo en cuenta el interés privado y la libre competencia frente al interés público. Parte de este proceso debe incluir el reconocimiento del espacio público y la re-legitimación de la intervención estatal en el ámbito de la vida democrática. Hoy podemos admitir y reconocer que hay un “capitalismo tecnocrático” surgido de la confianza errónea en los poderes terapéuticos del conocimiento tecnológico incontrolado. La creencia de que el libre accionar de las tecnologías trae una acción benéfica para el mercado y la democracia, lo cual no deja de ser una percepción errónea, ya que el dominio tecnológico se impondrá siempre sobre los carentes porque su alta sofisticación hace que esté siempre en manos de quien detenta la dominación tecnológica y económica.

LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y EL DERECHO

Cualquier regulación del uso de la tecnología y los medios de comunicación exige una red de normas jurídicas que involucren mecanismos destinados a solucionar disputas y decisiones desafiantes; prescribir e imponer sanciones. Aquí es donde el derecho es requerido para conciliar la realidad vigente con el interés individual, la democracia y la protección del inversor. Esta invocación a la ciencia jurídica tiene varias respuestas según los diferentes sistemas jurídicos. Así, en el sistema latino oscila entre el derecho administrativo y el derecho de la competencia, el derecho constitucional y el civil; en el sistema anglosajón o del *common law* dentro de lo que se conoce como el derecho de la competencia y el derecho constitucional. Sin embargo, en los dos sistemas jurídicos son similares las respuestas pues se orientan en cuanto a la estructura institucional y las consecuencias de la regulación propuesta en lugar de proveer una consideración especial respecto del esfuerzo regulador.

La doctrina constitucional es, paradójicamente, menos permeable a la regulación, al contrario de la doctrina civilista proclive a admitirla, para prevenir mayores daños a ciertos derechos, como la protección a la infancia, el honor y la privacidad de las personas.

Lo importante de este ejercicio académico es abordar la categoría *juseconómica* de la intervención estatal. Lo cual demanda un esfuerzo significativo integral del especialista tecnológico, cientista político, economista, sociólogo, jurista y muchos otros, debido a la tradición dominante del derecho de catalogar o realizar una cronología de

las regulaciones en ausencia de cualquier análisis contextual o conceptual. Empero, puede intentarse una visión más amplia del derecho, sobre todo del derecho público.

Si bien este tiene un interés en la norma administrativa y práctica aplicable a un área como la regulación de los medios, también se articula dentro de un contexto constitucional y examina su legitimidad y racionalidad. Ello demanda no solo el examen de las regulaciones técnicas, sino también su relación con los valores constitucionales y democráticos fundamentales. Un análisis del derecho público sobre las instituciones reguladoras de los medios de comunicación ofrece pautas convenientes para la sociedad.

En el marco de la democracia el concepto de ciudadanía ocupa un lugar trascendente que implica la participación efectiva del individuo en la sociedad. Esa participación depende en mucho del libre acceso a los medios pues es la fuente de las informaciones políticas y culturales para la generación de las decisiones que atañen a la vida en sociedad como en cuanto al acceso que se tiene para expresar una inquietud, anhelo o una protesta. El enfoque predominantemente es el libre acceso de la ciudadanía a los medios de comunicación bajo los términos de obtener un rango diverso y variado de informaciones, la calidad del proceso y la forma en que se emiten. La igualdad de acceso, como un aspecto de la igualdad ciudadana, debe considerarse como un objetivo cuando se examina y propone cualquier mecanismo regulador.

Ante la ausencia de claridad, respecto de las particularidades y objetivos de la regulación, es improbable que las políticas, mecanismos y sus resultados puedan analizarse significativamente. Por lo tanto, tal vez sería conveniente en este nivel del análisis agotar la discusión de su necesidad para luego hurgar en las formas, justificaciones, principios y metas de su ordenamiento.

El derecho provee estándares respecto del comportamiento de las autoridades regulatorias y de quienes son regulados, y puede mensurarse, aunque sería tonto creer que el derecho por sí solo es suficiente: lo jurídico es importante pero es solo un aspecto. Si bien la norma puede cambiarse, los gobiernos se preocupan no solo por la legalidad, sino también por la legitimidad. Generalmente permanecerán dentro de los marcos establecidos por la ley, pero buscarán también captar la aceptación cada vez mayor de los ciudadanos frente a sus acciones. Desearán verse y permanecer dentro de los bordes de legitimidad como legalidad, y el primero es a menudo mucho más alejado que el segundo. Con frecuencia cualquier Constitución democrática no es clara sobre lo que constituye una acción legítima, por lo cual habría que acudir a los principios fundamentales de la democracia y a menudo a nociones aún imprecisas como la regulación para determinar la legitimidad. Así, se debe tener presente el detalle de la ley y el marco de trabajo de la moralidad institucional dentro del cual se opera.

La discusión de la regulación de los medios de comunicación necesariamente incluye la consideración de aspectos sobre poderes y funciones de los operadores, usuarios, ciudadanos y los organismos gubernamentales.

Así, una parte del poder regulador lo tienen los Ministerios de Comunicaciones o de Cultura, los institutos de radio y televisión, los gremios de radiodifusión, televisión y la prensa escrita, así como las agencias de publicidad con respecto a si los medios de comunicación tienen una naturaleza acorde con el libre acceso de los ciudadanos, el respeto a su privacidad y honor. El consuno de estos diferentes organismos e instituciones privadas puede ofrecer criterios regulatorios estatales, gremiales o mixtos. Junto a ellos también se deben mencionar las comisiones o tribunales de ética constituidos por los empresarios de dichos medios o los consejos de prensa que intentan autorregularse. Igualmente, la influencia ejercida por la administración pública o las universidades que alcanzan caracteres de recomendaciones o normas. Todo ello son preocupaciones del derecho y la economía.

LA REGULACIÓN Y LA CONSTITUCIÓN

El debate sobre el significado de la regulación se inicia en 1885 con los trabajos de Albert Venn Dicey (*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*) bajo el contexto de unas tradiciones sociales, económicas y gubernamentales diferentes a las que predominan en los albores de este siglo y sin el escenario tecnológico de estos días. Ahora se intenta aclarar su significado a través de las explicaciones de la doctrina, la jurisprudencia, y, aunque hay un significado contemporáneo con las cualidades de un “principio de moralidad institucional” en lugar de una simple legalidad, el concepto continúa careciendo de falta de claridad y uso específico.

Es posible apreciar cualquier Constitución democrática, respecto a la cuestión de la comunicación e información ciudadana, desde tres ángulos: primero, y el más obvio, puede verse como un mapa del poder, pues permite identificar las diferentes estructuras del Estado. En este sentido, la Constitución cumple una función descriptiva. Pero también hay un segundo ángulo: la parte normativa, ya que además de identificar los diferentes poderes, establece los límites al ejercicio de cada uno de ellos especificando los asuntos que el ejecutivo y el legislativo deben cumplir. También indica los procedimientos que se deben tener en cuenta para la revisión de la propia Constitución o para la modificación de las leyes. Además de su parte descriptiva y normativa, las constituciones contienen material que no es completamente descriptivo o normativo; es el tercer ángulo de apreciación constitucional que puede verse como generador de valores, tales como los valores familiares, comunales y democráticos, ya que a partir

de la tradición y la interpretación jurisprudencial se precisa el marco valorativo que en líneas generales orienta un tipo de sociedad.

El alma de la Constitución de cualquier Estado está conformada por su tradición e historia, que se va encadenando a través del tiempo, manteniendo ciertas reglas. Si bien es probable que pueda cambiar dramáticamente después de una conmoción o crisis como una revolución, guerra civil, ocupación de una potencia extranjera o la obtención de la independencia de un poder colonial, el nuevo sentido de estructura política se consolida por ciertas constantes y prácticas de convivencia y respeto. Son los valores nacionales.

Uno de los cambios es el inmenso y creciente desarrollo tecnológico que ha revolucionado la vida de la sociedad y del hombre, alterando el sentido de la cultura, la percepción de la vida y el tiempo, haciendo que las personas no tengan la delicia de la espera o el logro de lo planeado ya que muchos bienes y servicios se adquieren en tiempo real. Incluso el sentido del ahorro ha desaparecido con la concesión de los créditos inmediatos o las tarjetas de créditos para adquirir bienes que han proliferado con el desarrollo de los centros comerciales. La ciencia y la tecnología han impactado en la vida social, incluso en el derecho y la economía, ya que ha hecho desaparecer el sentido del ahorro y debilitado el valor de la persistencia o la espera, dando paso a la importancia del placer inmediato.

Es necesario, entonces, ver los aspectos aparentemente cerrados de la regulación de los medios de comunicación dentro del contexto constitucional, doctrinario, jurisprudencial, y de la circunstancia histórica que se está viviendo. Al efecto, puede servir de ayuda el derecho comparado especialmente para considerar los diferentes antecedentes y tradiciones constitucionales de la actividad reguladora de los medios. Una referencia es el art. 61 de la Constitución Política del Perú que establece una restricción que dice: “la prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

Otra fuente es la jurisprudencia internacional, como el célebre caso *Roth vs. United States*, respecto a una censura previa sobre una cuestión de obscenidad, así como el caso de *Verbitsky* (Corte Suprema de Argentina, fallo 312: 933, 1987) sobre la censura previa a un aviso pagado que se iba a publicar en varios periódicos y que manifestaba la solidaridad y reconocimiento al expresidente Jorge R. Videla por la represión que hizo durante su gobierno (1976-1979). Dicha resolución reconocía la prohibición constitucional de la censura previa pero admitía excepciones en casos de extraordinaria importancia.

Tanto el derecho comparado, la doctrina y los precedentes pueden coincidir para morigerar el impacto tecnológico en el incipiente edificio democrático que los países latinoamericanos están construyendo, amparando a la población decente y honesta que queda desprotegida frente al poder de las transnacionales de la media que, en algunos casos, pueden hasta estar vinculadas con los grandes poderes económicos por encima de los derechos individuales.

Es oportuno reconocer que la cuestión de la regulación tiende a complicarse cuando, además de pretender armonizarla con los diferentes mecanismos tecnológicos de la media, tenemos que hacerlo dentro de los principios constitucionales y los valores y tradiciones de una determinada realidad nacional que se ve afectada por la acción transfronteriza de las transnacionales de la media.

Sin embargo, dentro del rango legislativo ya son admitidas, sin restricciones, determinadas regulaciones como el horario de protección al menor, la prohibición de mostrar rostros y nombres de menores afectados por acciones delictivas o en procesos civiles que puedan perturbar el honor y privacidad. Lo que nos muestra que quedaría un área por ser regulada como es el acceso de las opiniones de los grupos políticos, el uso de espacios publicitarios de los diferentes grupos sociales intermedios, así como la orientación de la publicidad gubernamental en los canales y radios nacionales.

CONCLUSIONES

1. Las grandes transnacionales de la media operan no solo en el campo de la comunicación o de las telecomunicaciones, sino que superan los límites de la soberanía nacional.
2. El desarrollo tecnológico ha posibilitado la homogenización comunicativa estructurada por una red internacional de oligopolios vinculados económica e ideológicamente que actúan dentro de una estrategia de los grupos dominantes por encima de los derechos del ciudadano.
3. Las libertades de comunicación y expresión se ven afectadas por la concentración de los medios ya que su gran poder impone sus intereses afectando la democracia y el derecho ciudadano.
4. Los medios de comunicación tienen un poder que lo ejercen al diseñar y construir la información mostrando una visión del mundo que recorre todos los hogares a través de los mecanismos tecnológicos. Junto a ella la tendencia neoliberal es reducir el poder y margen de actuación del Estado. De tal manera que a medida que declina el poder estatal se diluye el principio de autoridad pública que es suplido por las transnacionales de la media y otros actores.

5. El sustento de la democracia desde la división de poderes del Estado es que nadie tenga el poder absoluto, ya que ello lleva al despotismo y a la tiranía.

Por ello las normas constitucionales y legislaciones limitan y regulan cualquier exceso de poder no solo político sino económico, como son las reglas de competencia que fustigan el monopolio, el *trust* o el dominio exagerado del mercado. En consecuencia, la media también debería regularse sobre todo cuando las empresas transnacionales adquieren poderes equivalentes al Estado.

6. La libertad de prensa, de expresión, de opinión, de información o comunicación y la resistencia a su regulación constituyen las bases teóricas sobre las que se ha edificado el poder de los medios y también la dinámica principal que determina la relación entre el Estado, el individuo y dichos medios.

La media debe contribuir a que los ciudadanos adquieran un rango de “información” política y cultural, desde la cual puedan comprometerse. En ese sentido, son un recurso público.

7. De la misma manera que en los mercados existe el riesgo de que uno o más actores lo dominen, los medios de comunicación parecen mostrar una predisposición peculiar hacia el monopolio u oligopolio.
8. Los medios de comunicación deben articularse teniendo en cuenta el interés privado y la libre competencia frente al interés público. Parte de este proceso debe incluir el reconocimiento del espacio público y la re-legitimación de la intervención estatal en el ámbito de la vida democrática.
9. Hay un “capitalismo tecnocrático” surgido de la confianza errónea en los poderes terapéuticos del conocimiento tecnológico incontrolado. La creencia de que el libre accionar de las tecnologías trae una acción benéfica para el mercado y la democracia es una percepción errónea ya que el dominio tecnológico se impondrá siempre sobre los carentes ya que su alta sofisticación hace que esté siempre en manos de quien detenta la dominación tecnológica y económica.

BIBLIOGRAFÍA

Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1985.

Dicey, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, facsimile reprint of a 1902 edition by Macmillan and Co., Elibron Classics, 2000.

Eldridge, John, *The Mass Media and Power in Modern Britain*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

Feintuck, Mike, y Mike Varney, *Media Regulation, Public Interest and the Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2006.

- Gangi, Walter, *Libertad de prensa y libertad de expresión*, Buenos Aires, Bubok, 2009.
- Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, G. Gili, 1990.
- Hertz, Noreena, *The Silent Takeover: Global Capitalism and the Death of Democracy*, New York, Simon & Shuster Inc., 2002.
- Hildebrandt, César, “Los nuevos retos de la prensa internacional”, en *Últimas noticias del periodismo peruano*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2011.
- Lévano, César, *Últimas noticias del periodismo peruano*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2011.
- Mc. Chesney, Robert W., *Rich Media, Poor Democracy*, Illinois, Board of Trustees, University of Illinois, 1999.
- Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 2007, 6a. ed.
- Sagüés, Néstor Pedro, “La censura judicial a la prensa en la Argentina”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, CIEDLA, 1998.
- Tehrani, Majid, “Global Communication and Its Critics”, en *Journal of Communication*, Malden, 1995.

Fecha de recepción: 12 de agosto de 2012
Fecha de aprobación: 19 de diciembre de 2012

Protección, violación, reparación, y sanción: ejes temáticos de la teoría y práctica del derecho internacional de los derechos humanos

*Eric Tardif Chalifour**

RESUMEN

El tema de los Derechos humanos se ubica en el corazón de la teoría moderna del derecho internacional. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, esta rama de la ciencia jurídica ha conocido múltiples desarrollos, buscando primordialmente la protección de esos derechos, conceptualizados en generaciones. Este proceso se ha caracterizado por la creación de mecanismos –de alcance regional y universal– cuyo papel es reparar el daño causado a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, y, en ciertos casos, castigar a sus verdugos. El presente artículo analiza estas varias facetas de una disciplina en constante evolución, a través de ejemplos concretos que permitirán efectuar una ponderación de la eficacia del sistema internacional de salvaguardia de los Derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, responsabilidad internacional, reparación, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derecho penal internacional.

ABSTRACT

The topic of Human Rights is in the center of the modern theory of international law. Since the end of the Second World War, this branch of legal science has experienced multiple developments, seeking primarily the protection of rights conceptualized in generations. The process has been characterized by the creation of mechanisms, both regional and universal, whose role is to repair the damage caused to victims of human rights violations, and in some cases punish the perpetrators. This article analyzes these different aspects of a constantly evolving discipline, through concrete examples to balance the efficiency of the international human rights system.

KEY WORDS: Human rights, international responsibility, repair, Inter-American Court of Human Rights, International Criminal Law.

FORO

* Asesor del Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales en la Procuraduría General de la República Mexicana; sin embargo, presenta este artículo a título personal.

INTRODUCCIÓN

Como apunta el afamado y recientemente desaparecido profesor Ian Brownlie, los derechos humanos constituyen un área de preocupación del derecho de suma amplitud, abarcando desde los temas de tortura y debido proceso legal, hasta el derecho a la salud y al desarrollo económico;¹ puede afirmarse también que las problemáticas ligadas al tema de los derechos humanos se ubican al centro de la teoría moderna del derecho internacional. En las últimas décadas se han visto multiplicarse las reivindicaciones de nuevos derechos, así como una interpretación evolutiva de los derechos consolidados, y la emergencia de nuevos sujetos titulares así como de sujetos que pretenden hacer valer derechos ajenos.² El mero concepto de “derechos humanos” conlleva el que los titulares de esos derechos tengan la posibilidad de responsabilizar a los que se han comprometido a garantizar su respeto y alentar su pleno desarrollo, si no cumplen con sus obligaciones. De ahí que se han implementado mecanismos para respaldar la efectividad de estos bienes jurídicos tutelados, tanto a nivel interno como regional y mundial.

Este trabajo se desarrolla en tres tiempos: en una primera parte, definimos el objeto central de nuestro estudio, los derechos humanos; enseguida, pasamos a analizar los esquemas previstos por el derecho internacional cuando el ejercicio de estos derechos se ve socavado; aludimos, finalmente, a los casos en los que se verifican violaciones masivas a los Derechos humanos.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como lo explica Rougier en 1910, los hombres viven en una triple organización social: nacional, internacional, y una sociedad humana –*société humaine*– regulada por el derecho humano, *droit humain*.³ Podemos encontrar el fundamento de los derechos humanos modernos –aunque sea de forma incipiente– en el *Bill of Rights* de

-
1. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 7a. ed., p. 553.
 2. Véase, en este sentido, el artículo de Alessandra Facchi, “Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti”, en *Jura Pentium-Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, vol. V, Florencia, Il Mulino, 2009. Disponible en [<http://www.juragentium.unifi.it/surveys/rights/fantasma.htm>].
 3. Citado en Nikolaos Tsagourias, *Jurisprudence of International Law-The Humanitarian Dimension*, Manchester, Manchester University Press, 2000, p. 15.

Virginia y la Declaración de independencia norteamericana de 1776, así como la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.⁴

Tradicionalmente, los individuos se encontraban bajo la jurisdicción exclusiva del Estado cuya nacionalidad ostentaban, de tal forma que el gobierno en el poder tenía prácticamente sobre ellos un derecho de vida o de muerte. En el siglo XIX, un número notable de estados, con base en motivaciones variadas –filosóficas, políticas, históricas, y éticas–, dotaron su ordenamiento jurídico interno de normas que salvaguardaban a los ciudadanos de eventuales abusos llevados a cabo por los poderes públicos. Paulatinamente, se empezaron también a pactar tratados que prohibían el comercio de esclavos, y se celebraron otros al concluir la Primera Guerra Mundial, que buscaban proteger los derechos de los trabajadores, o salvaguardar los intereses de las minorías religiosas, étnicas, y lingüísticas.⁵

La toma de poder por parte de regímenes totalitarios, y el sucesivo acontecimiento de la Segunda Guerra Mundial, evidenciaron la conexión existente entre el mantenimiento de la paz mundial y el respeto de los derechos humanos. Las atrocidades de la primera mitad del siglo XX propiciaron la emergencia respecto a la necesidad de una tutela internacional de los derechos humanos; su tradicional pertenencia a la esfera de las relaciones jurídicas internas quedó finalmente superada, y se favoreció el desarrollo de un proceso de codificación internacional de normas para salvaguardar los derechos humanos.

El primer instrumento internacional de relevancia en la materia fue la Carta de las Naciones Unidas, la cual introdujo la promoción de los derechos humanos entre los fines de la organización;⁶ esta se dio seguida a la tarea de promover el respeto de estos derechos a través de la creación de una Comisión para los Derechos Humanos,⁷ y la adopción de un importante número de instrumentos internacionales que darían luz a un verdadero *corpus* de normas de derecho internacional de los derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, da la pauta en este sentido: el documento, al superar las antiguas divergencias entre las varias acepciones filosóficas de los derechos humanos, representa un estándar común de logro para todos los pueblos y todas las naciones.⁸ En ella vienen enumerados los derechos

4. Jürgen Habermas, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Cambridge, The MIT Press, 1998, p. 189.

5. Antonio Cassese, *International law*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, 2a. ed., p. 376.

6. El artículo 1.3 de la Carta especifica que uno de los fines de las Naciones Unidas es conseguir la cooperación internacional para promover y alentar el respeto de los Derechos humanos y las libertades fundamentales.

7. La Comisión fue creada en 1946 por una resolución del Consejo económico y social, y fue remplazada en 2006 por el Consejo de Derechos humanos, cuyas funciones describiremos más adelante.

8. David J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2004, 6a. ed., p. 636.

civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los que todo ser humano goza, y se requiere de los estados que, además de evitar abusos en contra de sus ciudadanos, también adopten medidas de carácter económico y social que les favorezcan.

El texto, sin tener un carácter vinculante para los estados que lo aprobaron –ya que fue adoptado bajo la forma de una simple *declaración*–, representa el punto de partida de un sistema de derechos universales y positivos, de los que descienden todos los demás instrumentos internacionales y regionales. Norberto Bobbio opina, por ejemplo, que la Declaración Universal es la mayor prueba histórica del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores que vino a confirmar, por primera vez, que la humanidad entera comparte este sistema.⁹

El art. 28 de la Declaración Universal manifiesta: “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Esta disposición expresa el vínculo que existe entre los derechos abstractamente formulados por la Declaración, como el derecho a la vida (art. 3), a la integridad física (art. 5), y a un nivel de vida suficiente (art. 25), y el derecho a que el individuo pueda efectivamente gozar de ellos.¹⁰

El art. 55 (c) de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas establece, por su lado:

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: (...) c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Estos son, por supuesto, únicamente principios generales, pero que demuestran sin embargo que estos objetivos, que son obligatorios para todos los estados en virtud del art. 56 del mismo ordenamiento, requieren acciones concretas.¹¹

Se adoptaron subsecuentemente numerosos instrumentos en el seno del sistema onusiano, a los que aludiremos más adelante. Sin embargo cabe aludir aquí al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos

9. Norberto Bobbio, “Presente y futuro de los derechos del hombre”, en Norberto Bobbio, dir., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982, p. 24.

10. Olivier Corten y Pierre Klein, “L’assistance humanitaire face à la souveraineté des Etats”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Bruselas, 1992, p. 344.

11. *Ibid.*, p. 346.

Económicos, Sociales y Culturales, ambos firmados en Nueva York en 1966. Estos instrumentos explicitan derechos ya previstos en la Declaración universal, pero tienen fuerza obligatoria para los signatarios. Se decidió optar por la elaboración de dos instrumentos separados debido a la diversidad de la naturaleza de los derechos que se buscaba proteger, de la que se desprenden definiciones y obligaciones diferentes, que requieren dos sistemas distintos de implementación y control.¹²

Habitualmente, se hace referencia a estas categorías como a dos “generaciones” diferentes de derechos humanos.¹³ La primera –de los derechos civiles y políticos– está integrada por obligaciones de índole típicamente *negativa* y de implementación inmediata por parte de los estados, como por ejemplo el respeto del derecho a la vida, la prohibición de la tortura, y el respeto de la libertad de opinión. Las obligaciones impuestas por la segunda generación –los de carácter económico, social y cultural– requieren más bien una acción *positiva* del Estado; la implementación de estos derechos, entre los que encontramos el derecho al trabajo, los derechos sindicales, o el derecho a la salud y la educación, no es inmediata sino que subordinada al progreso económico de los estados.

A partir de los años de 1970, una tercera generación de derechos humanos se va formulando, específicamente gracias a las iniciativas planteadas por los estados en desarrollo, que empiezan a promover los llamados derechos colectivos o de “solidaridad”. Además de los derechos individuales enunciados en las dos primeras generaciones, la tercera generación elevaría a nivel de derechos humanos también los derechos de las colectividades como el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo, y como viene mencionado en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, el derecho a la paz y a la tutela del medio ambiente.

Un acontecimiento parte aguas en la evolución histórica de los derechos humanos es el fin de la Guerra fría, que viene acompañado de la caída de un conflicto ideológico que conllevaba una división sobre la forma de concebir los derechos humanos. Se oponían los estados que, inspirados por una concepción marxista, privilegiaban la realización de los derechos colectivos del hombre sobre los individuales, y los estados que se inscribían en una postura opuesta: mientras el mundo occidental consideraba

12. David J. Harris, *Cases and materials on international law*, p. 695.

13. Cabe aclarar brevemente que algunos autores son renuentes en utilizar el concepto de *generación*, tomando en cuenta que este vocablo resulta poco afortunado si se considera que los derechos que surgieron más recientemente –como el derecho a un medioambiente sano– se inter-relacionan con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados con anterioridad; no se produce entonces un efecto de sucesión, sino más bien un proceso de acumulación y sedimentación. Véase en este sentido el punto de vista del juez de la Corte Internacional de Justicia, Augusto Antonio Cançado Trindade, “Derechos de solidaridad”, en *Instituto interamericano de derechos humanos*, t. I, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, pp. 63-73.

la libertad de pensamiento o la libertad de voto como derechos fundamentales, sin los cuales no podía haber ningún derecho ulterior, el mundo socialista asumía la preeminencia de los derechos económicos y sociales sobre los derechos civiles y políticos.¹⁴

La Segunda Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, llevada a cabo en Viena en 1993, marcó en este sentido un giro importante, ya que los representantes de los estados reconocieron la naturaleza universal de todos los derechos humanos, así como su interconexión, interdependencia e indivisibilidad.¹⁵ Sin embargo, lo que fue afirmado a nivel teórico en la citada conferencia no refleja plenamente la realidad actual de la comunidad internacional, en la que las diferencias religiosas y culturales ponen de relieve la falta de acuerdo acerca de algunos temas. Por lo tanto, para poder hablar de derechos verdaderamente universales, será necesario individuar un núcleo esencial de derechos humanos que debe subsistir en cada Estado, independientemente del nivel de desarrollo económico, y sin distinciones raciales, culturales y religiosas. Las normas de este núcleo deberían corresponder a las exigencias y aspiraciones esenciales de cada individuo, como el derecho a la vida, a la vivienda, a la libre expresión, a profesar una religión, etc.¹⁶

En este sentido, cabe mencionar que los países musulmanes, en algunos casos, no reconocen los derechos humanos como han sido plasmados en los grandes textos de la ONU. Así, varios países, como Sudán, Pakistán, Irán y Arabia Saudita han criticado frecuentemente la Declaración Universal de Derechos Humanos que, para ellos, no toma en consideración el contexto cultural y religioso de los estados no occidentales. A principios de los años de 1980, el representante de Irán postrevolucionario ante la Organización de las Naciones Unidas afirmó que la Declaración plantea una “interpretación secular de la tradición judeocristiana”, que no puede ser puesta en práctica por los musulmanes sin infringir el derecho islámico. En 1990, 45 países miembros de la Organización de la Conferencia Islámica adoptaron su propia Declaración; es notoria en ella la ausencia de igualdad de género, así como la libertad de culto.

A nivel jurisprudencial es de resaltarse la postura adoptada por la Corte Internacional de Justicia, en el fallo que emitió en 1970 en el caso de Barcelona Traction, Light and Power Company, cuando enunció por primera vez que el respeto de las normas de Derechos humanos fundamentales, como la prohibición del genocidio, de la esclavitud, de la discriminación racial, y la tortura, constituye una obligación *erga omnes*. Estas prácticas representan violaciones graves de los derechos humanos, que

14. Paolo Mengozzi, “Diritto internazionale, diritti della persona e intervento di umanità”, en *Iustitia*, vol. 3-4, Roma, 1994, p. 219.

15. Vladimir Kartashkin y Stephen Marks, “International human rights”, en Lori Fisler Damrosch *et al.*, eds., *Beyond Confrontation. International Law for the Post-Cold War Era*, Nueva York, Boulder, 1995, p. 177.

16. David J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, p. 627.

conlleven una responsabilidad internacional para los estados, y penal para los individuos que las cometen, como se verá más adelante.

Agreguemos que, en 1998, la resolución 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas vino a aprobar la resolución 1998/7 de la Comisión de los Derechos Humanos, que se refería a la responsabilidad de los individuos, grupos y órganos de la sociedad de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales mundialmente reconocidos.¹⁷

A guisa de síntesis, se puede apuntar que el *corpus* de estándares internacionales en materia de derechos humanos se subdivide en cuatro categorías: la primera comprende los dos Pactos de 1966; la siguiente se integra de las convenciones regionales generales adoptadas en Europa (Convención Europea de Derechos Humanos de 1950), América (Convención Americana de Derechos Humanos de 1969), y África (Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981); la tercera abarca los tratados adoptados para hacer frente a ilícitos específicos como la tortura o el genocidio; finalmente, encontramos los tratados que buscan proteger categorías de personas en particular como las mujeres, los niños o los refugiados.¹⁸

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS, Y CONSECUENCIAS

Es generalmente admitido que la protección de los derechos humanos constituye un objetivo fundamental del derecho internacional moderno.¹⁹ Como ya se ha aludido, en la búsqueda de tal meta, el sistema de la ONU ha ideado, a partir de los años de 1960, un número importante de instrumentos que buscan proteger los derechos de personas en situación de vulnerabilidad; varios de ellos han sido replicados a nivel regional, por ejemplo, en el marco de los trabajos de la Organización de los Estados Americanos.²⁰ Por su trascendencia mundial, nos centraremos aquí en los instrumentos de alcance universal, que enlistaremos mencionando los órganos encargados de

17. Pierre Legros y Marianne Libert, *L'exigence humanitaire-le devoir d'ingérence*, París, Les Presses du management, 2000, p. 192.

18. Ian Brownlie, *Principles of public international law*, p. 562.

19. Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, 2a. ed., p. 1.

20. Para un listado completo de los instrumentos adoptados en el marco de la Organización de los Estados Americanos, se puede acudir al sitio internet de la Comisión interamericana de derechos humanos: [www.cidh.oas.org/basic.esp.htm]; la lista de los diferentes órganos que intervienen para monitorear el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los estados, así como sus funciones, es accesible desde el sitio de la Organización: [www.oas.org/es/temas/derechos_humanos.asp].

vigilar su cumplimiento, y aludiremos a los sistemas regionales de salvaguardia de los derechos humanos; posteriormente, tocaremos un tema que resulta toral para nuestro estudio: el de la responsabilidad internacional. Veremos finalmente cómo se categorizan las reparaciones en caso de violación.

IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El trabajo de codificación de los derechos humanos que la comunidad internacional consideraba importante salvaguardar, impulsado por la Organización de las Naciones Unidas, se realizó de tal manera que en cada uno de los tratados así adoptados se incluyó la creación de un comité específico integrado por expertos independientes de competencia reconocida (de 10 a 23 miembros), propuestos y elegidos por un período variable. Los órganos así creados llevan a cabo funciones relacionadas con la vigilancia de la manera en que los estados partes aplican los tratados; reciben y examinan informes presentados periódicamente por estos estados, en los que se detalla la manera en que se aplican las disposiciones de los tratados en el país de que se trate. De ser necesario, los órganos emiten directrices, formulan observaciones sobre la interpretación de las disposiciones de los tratados, y organizan foros sobre temas relacionados con los mismos. Algunos órganos pueden examinar quejas o comunicaciones de particulares en las que se denuncia la violación de sus derechos por un Estado, siempre y cuando este reconozca el procedimiento; en algunos casos, también pueden realizar investigaciones.

La red de órganos fiscalizadores se desglosa de la siguiente manera:²¹

- El Comité para la eliminación de la discriminación racial –el primero de los órganos creados en virtud de uno de los tratados aludidos– ha supervisado la aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial desde 1969.
- El Comité de Derechos económicos, sociales y culturales se creó en 1987 para desempeñar el mandato de vigilancia del Consejo económico y social en relación con el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales.
- El Comité de Derechos Humanos se creó en 1976 para vigilar la aplicación del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

21. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Human Rights Treaty Bodies*. Disponible en [<http://www2.ohchr.org/english/bodies/treaty/index.htm>].

- El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, desde 1982.
- El Comité contra la tortura, creado en 1987, supervisa la aplicación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Cabe apuntar que, de acuerdo al art. 2 del Protocolo facultativo de la citada Convención, se crea un Sub-comité para la prevención de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes cuyas actividades se centran en coordinar visitas de inspección a lugares de detención, y presentar informes confidenciales a las autoridades competentes sobre cómo prevenir la tortura y los malos tratos; el Protocolo también requiere que los estados establezcan organismos nacionales para llevar a cabo visitas similares.
- El Comité de los derechos del niño supervisa, desde 1990, la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño, así como de los dos protocolos facultativos relativos a los niños soldados y a la explotación infantil, en los estados signatarios de estos instrumentos.
- El Comité de protección de los trabajadores migratorios celebró su primer período de sesiones en marzo de 2004, y vigilará la aplicación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
- El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad vigila la implementación, por los estados signatarios, de la Convención del mismo nombre.
- El Comité contra la desaparición forzada iniciará sus actividades en los primeros meses de 2011, visto que la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, entró en vigor en los últimos días del año 2010.

Al margen de estos órganos, cabe puntualizar la existencia del Consejo de Derechos Humanos, creado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 2006, y compuesto por 47 estados encargados, en términos generales, de promover y proteger los derechos humanos en el mundo, y de considerar las situaciones de violaciones de los mismos, haciendo recomendaciones al respecto. Una de las herramientas más potentes del Consejo es el Mecanismo de examen periódico universal, a través del cual se valora la situación que guardan los derechos humanos en los 192 estados miembros de las Naciones Unidas. Otras características incluyen un Comité Asesor, cuyo papel es ofrecer opiniones en diversas cuestiones temáticas relativas a los derechos humanos, y un mecanismo de denuncias que permite que individuos y organizaciones presenten sus quejas a la atención del Consejo.

De lo anterior se advierte que la principal falla del sistema mundial de protección de los derechos humanos es la falta de exigibilidad de sus decisiones, ya que estas no dan pie a un procedimiento jurisdiccional, sino a un mecanismo de conciliación basado en la voluntad de los estados. En este sentido, los mecanismos regionales existentes en los continentes europeo, africano, y americano buscan subsanar esta deficiencia.²²

El primero se basa en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, elaborada por el Consejo de Europa, y firmada en Roma en 1950. Contrariamente a los Pactos de 1966, este instrumento prevé la creación de una Corte Europea, es decir, un órgano jurisdiccional cuyo papel es controlar el respeto de la Convención por parte de los estados signatarios, recibiendo los recursos presentados por los individuos que se consideran víctimas de violación.

La Convención Europea fue tomada como modelo por la Convención Americana de los Derechos Humanos firmada en 1969 en San José de Costa Rica, la cual instituye un sistema jurisdiccional análogo al europeo,²³ en el que la Comisión interamericana juega un papel central: por un lado, busca fomentar una cultura de los derechos humanos en los países miembros de la Organización de los Estados Americanos, investigando situaciones especiales y realizando visitas *in situ* cuando lo considera conveniente, así como haciendo recomendaciones a los estados y publicando informes; por el otro, recibe, analiza e investiga peticiones individuales que alegan violaciones de los derechos humanos, sometiendo a la ponderación de la Corte Interamericana los casos que considera fundados.

Junto con el sistema previsto por la Carta africana, estos son probablemente los dos ejemplos más claros de la realización de una protección regional de los derechos humanos en el plano procesal, que va mas allá de la que se ha llevado a cabo a nivel internacional y constituye la mayor garantía para la salvaguardia de tales derechos.²⁴

22. Cabe aclarar que se ha creado, en el marco de la Asociación de Estados del Sureste Asiático (mejor conocida como ASEAN, por sus siglas en inglés), un grupo de trabajo que busca idear un sistema efectivo de promoción y defensa de los derechos humanos idóneo para ese espacio geográfico.

23. Para una confrontación de los dos sistemas, véase Sergio García Ramírez, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003.

24. Edmundo Vargas Carreño, "El principio de no intervención y su vigencia en el derecho internacional del siglo XXI", en Ricardo Méndez Silva, *Derecho y seguridad internacional-Memoria del Congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 19.

PAPEL DE LOS ESTADOS Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Tradicionalmente, la responsabilidad internacional es concebida como la violación de una obligación de derecho internacional consuetudinario o convencional por parte de un sujeto de la comunidad internacional, es decir la comisión de un hecho internacionalmente ilícito imputable al sujeto. En general, el gesto es llevado a cabo por un Estado, a través de un agente perteneciente a uno de sus poderes, y causa algún perjuicio a otro Estado, que puede solicitar que un organismo jurisdiccional supranacional declare que el sujeto en falta efectivamente incurrió en responsabilidad internacional; la responsabilidad es considerada meramente teórica si no causa perjuicio alguno.²⁵

En este ámbito, un esfuerzo importante, pero aún inconcluso, ha sido llevado a cabo en el seno de la Organización de las Naciones Unidas: la Comisión de Derecho Internacional –órgano encargado de codificar el derecho internacional– produjo en 2001 el “Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, después de más de 45 años de estudio. Aun cuando la discusión del Proyecto no ha concluido todavía, el documento está llamado a constituir en el futuro la codificación del derecho de la responsabilidad internacional. El Proyecto de Artículos no tiene, todavía, un efecto vinculante entre los miembros de la comunidad internacional, aunque poco a poco va constituyendo un importante punto de referencia en la materia.

En cuanto al tema específico de los derechos humanos, la Corte interamericana, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), afirmó que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el derecho internacional de los derechos humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados (párrafos 164, 169, 170 de la sentencia). De esta suerte, la Corte concatenó los dos temas, y determinó que todos los estados tienen cuatro obligaciones fundamentales en el ámbito de los derechos humanos: tomar medidas razonables para prevenir violaciones de derechos humanos; llevar a cabo investigaciones serias cuando se cometen violaciones; imponer las sanciones adecuadas a los responsables de las violaciones; garantizar la reparación de las víctimas.

25. Patrick Daillier y Alain Pellet, *Droit international public*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, 6a. ed., pp. 742 y ss.

REPARACIÓN

Como lo expresa la Corte Permanente de Justicia Internacional –antecesora de la Corte Internacional de Justicia– en sus clásicas sentencias de 1927 y 1928 sobre el caso de la Fábrica de Chorzow, toda violación de un compromiso internacional por parte de un sujeto de la comunidad internacional conlleva la obligación de reparar, de una manera adecuada.²⁶ Con motivo de este caso, se sentaron las bases de los lineamientos a seguir en materia de reparación, que son los que aún se observan en la época actual, y que son retomados en el artículo 34 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado, al que ya aludimos. En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos es la primera área del derecho internacional en otorgar a los individuos la posibilidad de demandar a los estados ante tribunales internacionales.²⁷

Tratándose de la tipología de las violaciones, podemos indicar que estas abarcan una amplia gama de derechos. En el caso de los órganos especializados que reciben quejas individuales, estas versan sobre la presunta violación específica de un derecho enunciado en el instrumento internacional invocado. En cuanto atañe a los órganos jurisdiccionales, podemos aclarar que, estadísticamente hablando, en el caso de la Corte europea, los casos ventilados tocan en particular los artículos de la Convención relativos a la duración de los procesos judiciales, el derecho a un proceso equitativo, la protección de la propiedad, el derecho a la libertad y a la seguridad, los tratos crueles o degradantes, el derecho a un recurso efectivo, y el derecho a la vida privada y familiar.²⁸

Por su lado, los artículos de la Convención americana, cuya violación ha sido declarada con mayor frecuencia por la Corte interamericana, desde su creación, son, en orden: el 1.1 (obligación de respetar los derechos); el 8o. (garantías judiciales); el 25 (Protección judicial); el 5o. (derecho a la integridad personal); el 7o. (derecho a la libertad personal); y el 4o. (derecho a la vida).²⁹ Más precisamente, durante el año 2008, la Comisión interamericana recibió 1279 peticiones, de las cuales el 62% estaban relacionadas con denuncias sobre violación del derecho a la justicia y a la protección judicial;

26. Patrick Daillier y Alain Pellet, *Droit International Public*, p. 780.

27. Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, p. 2.

28. Corte europea de derechos humanos, *Rapport annuel 2009*, pp. 146-147. Disponible en [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3483DE4C-3CCC-4DCB-ACC4A24CBABFB9E5/0/Rapport_annuel_2009_Final.pdf].

29. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2009*. Disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2009.pdf>].

de este porcentaje, el 23% estaban a su vez vinculadas al debido proceso penal, mientras que el 26% tenían que ver con materias vinculadas de manera directa o indirecta al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Un 13% se refería a otras materias tales como discriminación, integridad personal y salud, o seguridad social.³⁰

Es importante notar que no puede haber concomitancia en las quejas que se ventilan ante los órganos a vocación universal, y los de alcance regional.

A continuación, haremos un sobrevuelo de las categorías de reparaciones empleadas en materia de derechos humanos; tomaremos como punto de referencia al sistema interamericano, por ser el que se aplica en nuestro continente. Veremos, en un segundo tiempo, el caso particular de las situaciones que se suscitan al finalizar un conflicto en el que se producen violaciones masivas a los derechos humanos.

Sistema interamericano³¹

El artículo 63 de la Convención Americana hace referencia a las sanciones que puede contener la parte dispositiva de una sentencia emitida por la Corte interamericana de derechos humanos. En consecuencia, esta podrá disponer que se garantice al lesionado el goce de sus derechos o libertades conculcados: es la forma más perfecta de atender una violación de derechos, ya que el Estado responsable se ve obligado a restablecerlos *in integrum*, lo que implica restaurar el estado que guardaban las cosas antes del acto violatorio; también se prevé que se reparen las consecuencias de la medida o situación que dio pie a la violación; el citado artículo finalmente hace mención del pago de una justa indemnización. Algunas situaciones ameritarán también la declaratoria, por parte de la Corte, de medidas precautorias, destinadas a impedir la realización de un perjuicio a las personas. Cabe aclarar que la Convención en cita emplea los términos “reparación” e “indemnización”; esta última se refiere a las condenas monetarias, mientras que la primera es aplicable a cualquier otro tipo de sanciones no pecuniarias. Finalmente, es de mencionarse que siempre existe la hipótesis de un arreglo negociado entre el lesionado y el Estado.

En sentido estricto, la reparación se refiere a la *restitutio in integrum*; sin embargo, esta solo puede llevarse a cabo cuando la violación no haya tenido como consecuencia el aniquilamiento del derecho o su desnaturalización. En realidad, resulta material-

30. Discurso de la Presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la trigésima novena Asamblea general de la Organización de los Estados Americanos, pronunciado en San Pedro Sula (Honduras), el 4 de junio de 2009. Disponible en [<http://www.cidh.oas.org/Discursos/06.04.09.sp.htm>].

31. Para una introducción a los tejes y manejes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se puede visitar el sitio web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [<http://www.cidh.oas.org>].

mente imposible volver las cosas al estado que guardaban en una situación anterior, debido a que la violación a la garantía deja inevitablemente una marca en la víctima y las personas cercanas a ella.³² Por ejemplo, en el caso *Bahena Ricardo vs. Panamá*, la Corte estableció que el Estado tenía que reintegrar en sus cargos a 270 trabajadores, y, de no ser posible, tenía que brindarles alternativas de empleo comparables a las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de su despido. En su sentencia en el caso *La última tentación de Cristo* (en contra de Chile), el tribunal dispuso que el Estado tenía que modificar su ordenamiento jurídico interno para suprimir la censura previa que impedía la exhibición de la película; a través de la modificación del derecho interno, se lograba entonces la reparación estricta causada por la violación, al permitir la proyección de la película.³³

Las reparaciones por concepto de daño material abarcan el lucro cesante así como el daño emergente. El primero se refiere a los ingresos que la víctima dejó de percibir como consecuencia de la violación. En el segundo caso, se contemplan las erogaciones efectuadas por la víctima o sus familiares, como los referentes a los costos de traslado, comunicaciones, investigaciones, visitas a cárceles y hospitales, gastos por servicios funerarios, y gastos médicos pasados y futuros que la víctima o sus familiares tuvieron que pagar para rehabilitarse de las consecuencias del hecho violatorio. En el caso *Blake vs. Guatemala*, por ejemplo, la Corte ordenó el pago a los familiares de la víctima de una suma de dinero por servicios médicos recibidos y por recibir relacionados con la situación de la frustración e impotencia ante la falta de resultados de las investigaciones sobre la ubicación del paradero de la víctima y el sufrimiento de conocer su muerte.³⁴

Por su lado, el daño inmaterial abarca los sufrimientos y aflicciones causados a las víctimas directas y a sus familiares, a los cuales no se puede asignar un equivalente pecuniario, y que solo pueden ser objeto de compensación, a través del pago de una suma de dinero o la entrega de bienes y servicios por un lado, o la realización de actos u obras que tengan una repercusión pública, por el otro.³⁵ Fue a partir de la sentencia parte aguas emitida en el caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam* en 1993 que la Corte interamericana empezó a ordenar reparaciones de carácter no pecuniario. En ese caso

32. Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, p. 141.

33. Adelina Loianno, "Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coords., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008, pp. 505-506.

34. Pablo Saavedra Alessandri, "La Corte interamericana de derechos humanos. Las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los Estados", en *Memorias del Seminario "Los instrumentos de protección regional e internacional de los derechos humanos"*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2004, pp. 190-192.

35. *Ibid.*, p. 194.

en particular se determinó que los beneficiarios menores de edad deberían tener la posibilidad de estudiar en la escuela del lugar, y que el dispensario local tendría que ser reabierto y puesto en condiciones operativas.³⁶

En términos generales, podemos acotar que las medidas de reparación que la Corte ha dictado abarcan: la reforma, e incluso la eliminación de normas de derecho interno contrarias a la Convención Americana; la implementación de medidas legislativas cuando el derecho o garantía violados no se encuentran contemplados en el ordenamiento jurídico interno; la profundización de las investigaciones, y la identificación y sanción de los responsables de la violación; la realización de un nuevo juicio; la entrega de los restos mortales a los familiares en caso de desapariciones; la eliminación de los registros de antecedentes penales; el mejoramiento de las condiciones de detención en los establecimientos carcelarios que ofrezcan condiciones inaceptables de vida para los detenidos; la entrega de información solicitada por las víctimas o sus familiares; la implementación de cursos de educación en derechos humanos para las fuerzas estatales de seguridad; la construcción de monumentos conmemorativos de las tragedias ocurridas o la incorporación de los nombres de las víctimas en monumentos ya existentes, o la imposición del nombre de la víctima a una calle o plaza; la delimitación de territorios, o la creación de programas de acceso a la vivienda, o la implementación de un fondo de desarrollo comunitario; la publicación de la sentencia en el diario oficial del país sancionado o en un periódico de circulación nacional; y el ofrecimiento de disculpas públicas.³⁷ Al extender así el contenido material de sus sentencias, emitiendo condenas a comportamientos del Estado que deben cumplirse no solo en relación con las víctimas, sino respecto de la comunidad en la que se produjeron los hechos, se plantea un mayor compromiso con el futuro.

Cabe aclarar que el pago en dinero decretado por la Corte por concepto de daño inmaterial no busca llenar un vacío comparable al efecto producido por la violación; más bien busca aliviar en el tiempo las secuelas de dichos sucesos.³⁸ Cuando se trata de personas afectivamente alejadas de la víctima, el sufrimiento se compensa con la satisfacción que produce el acto de justicia. No sucede tal cosa cuando es sumamente grave la violación cometida; en tales supuestos procede reparar el daño inmaterial en forma pecuniaria según lo sugiere la equidad.³⁹

36. *Ibid.*, pp. 198-199.

37. Adelina Loianno, "Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones", pp. 509-518.

38. Pablo Saavedra Alessandri, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los Estados", p. 195.

39. Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pp. 314-315.

De los daños materiales e inmateriales ordinarios se distingue la lesión al “proyecto de vida”, concepto que “atiende a la realización integral de la persona afectada considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y atender a ellas”; esto se vincula con el tema de la realización personal, el cual a su vez se sustenta en las opciones que se encuentran al alcance del individuo para conducir su vida y lograr las metas que se propone.⁴⁰ El proyecto de vida no se traduce en un resultado seguro, de carácter necesario; solo implica una situación racionalmente o razonablemente probable, que se ve interrumpida y contrariada por hechos violatorios de sus derechos humanos. La Corte ha apuntado que este concepto debe entenderse como una expectativa razonable y accesible, que conlleva la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. La reparación del daño al proyecto de vida implica una indemnización, pero no se limita necesariamente a esta; puede traer consigo otras prestaciones o compensaciones por ejemplo de naturaleza laboral o académica, entre otras, contribuyendo de tal suerte a una aproximación de la reparación al ideal de la *restitutio in integrum*.⁴¹

Por otro lado, un aspecto clave del sistema de reparación es la *garantía de no repetición*, que se relaciona con el deber, para el Estado, de garantizar que no se repitan los hechos objeto del caso sometido a la Corte; esto requiere a menudo la adopción de medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para homologar la normatividad interna del sistema jurídico a las disposiciones internacionales de derechos humanos aplicables. Todo ello en el entendimiento que resultaría insuficiente imponer una reparación, sin comprometer al Estado a evitar su repetición futura. Cabe aclarar que el artículo 2 de la Convención Americana obliga de hecho a los estados partes a integrar su derecho interno con disposiciones legislativas o de otro carácter que posibiliten la efectiva vigencia de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, lo que impide que se invoque el derecho interno para dejar de cumplir un compromiso internacional.

Desde una perspectiva comparada, cabe finalmente recalcar que la Corte interamericana, como se ha visto, se encuentra facultada para conceder una reparación *integral* a la víctima, mientras que el Tribunal europeo únicamente tiene la facultad de reconocer una *satisfacción equitativa*, la cual se reduce al reconocimiento de una indemnización económica por los daños materiales y/o morales infligidos a la víctima. Es posible afirmar que el sistema interamericano tiene entonces mayores alcances en cuanto al compromiso con el resarcimiento de los daños causados por una violación

40. *Ibid.*, p. 143.

41. *Ibid.*, pp. 328-329.

a los derechos humanos; de ahí que el carácter integral de la reparación en el sistema interamericano hace también que las decisiones condenatorias sean mucho más complejas que las simples indemnizaciones pecuniarias del Tribunal europeo.⁴²

Situaciones posconflicto

Las demandas presentadas ante la Corte Interamericana tienden a versar sobre una violación de derechos humanos individual, aunque puede ser representativa de una situación más generalizada en el país en cuestión. Aludimos brevemente, en los próximos renglones, al proceso que enfrentan sociedades enteras a raíz de la conclusión de un conflicto que marcó toda una región de un país, o hasta el Estado en su conjunto.

Cabe en un primer momento subrayar que las situaciones a las que nos referimos han sido desafortunadamente demasiado comunes, en la época moderna, especialmente en los continentes africano y americano. En estos casos, el número de víctimas es muchas veces abrumador, y hasta resulta imposible tener una cifra exacta de afectados, o sus nombres. Tal es el caso del Holocausto judío, o del *apartheid* sudafricano.⁴³

Como forma de sanar el tejido social, se ha optado en varios casos por la creación de comisiones de reconciliación, que buscan arrojar la luz sobre lo acontecido, y sentar las bases propicias para una adecuada reconstrucción de la sociedad, tanto a nivel moral como material; sobra decir que el tema de las reparaciones que se otorgarán a las víctimas se ubica al centro de todo el proceso de sanación.

Es de subrayarse que, después de una situación de insurrección o de guerra, las necesidades de las víctimas pocas veces se encuentran dentro de las prioridades, y, al no tener peso político, las poblaciones afectadas no son vistas como representando una amenaza a la estabilidad. En la medida en que las víctimas vayan siendo prioridad en las agendas políticas posconflictos, es factible restablecer paulatinamente la confianza en el Estado, y más particularmente en su rol de garante del respeto de los derechos humanos.⁴⁴

Al hablar de reparaciones, uno de los temas torales es el referente al costo de las mismas. Existen serias limitantes en la sociedad especialmente en una etapa poscon-

42. María Carmelina Londoño Lázaro, “Las Cortes interamericana y europea de derechos humanos en perspectiva comparada”, en *International Law*, No. 5, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 107-109.

43. Mia Swart, “Name changes as a symbolic reparation after transition: the examples of Germany and South Africa”, en *German law journal*, vol. 9, No. 2, s.l., 2008, p. 105. Disponible en [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No02/PDF_Vol_09_No_02_105-120_Articles_Swart.pdf].

44. Lisa Magarrel, “Reparations in theory and practice”, en *Reparative justice series*, s.l., Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2007, p. 2. Disponible en [<http://www.ictj.org/static/Reparations/0710.Reparations.pdf>].

flicto, en la cual importantes prioridades compiten por los escasos recursos. La manera en la que el Estado balancea estas prioridades refleja el compromiso que tiene en el tema de las reparaciones.

En cuanto a la variedad de las reparaciones, cabe decir que pueden darse a través de programas administrativos, los cuales tienen como finalidad el proveer una combinación entre restitución, rehabilitación y compensación que busque evitar que los ciudadanos vuelvan a caer en un estado de indefensión. Se dan también reparaciones a través de beneficios simbólicos y materiales: este tipo de medidas son, como su nombre lo indica, meramente simbólicas, y juegan un papel muy importante en el proceso de creación de confianza ciudadana; estas van desde las disculpas públicas, la implementación de programas de becas, la creación de centros de rehabilitación, el pago de pensiones, hasta el cambio de nombre a las calles en conmemoración a las víctimas que constituye una forma simbólica de reparación, a la vez que cumple con una función política, al crear una memoria histórica.⁴⁵

Finalmente, cabe distinguir entre reparaciones colectivas e individuales: las últimas requieren una identificación precisa de la persona a quien van dirigidas, así como la especificación de los beneficios de los que será objeto; las reparaciones colectivas se basan más bien en violaciones que se produjeron en razón de una identidad grupal, como la discriminación hacia un género o los ataques perpetrados hacia una determinada etnia, debiendo otorgar una efectiva respuesta al daño causado a la infraestructura de la comunidad.⁴⁶

Una implementación de programas de reparación verdaderamente efectiva requiere una evaluación correcta de la situación de las víctimas, y la creación de formas de garantizar su acceso a los programas; estos deben tomar en cuenta las limitaciones concretas que cada caso. En algunos ámbitos, la compensación económica será la forma más sencilla de cumplimiento. Pocos sistemas de reparación son exentos de críticas:⁴⁷ estas se refieren por ejemplo a la forma de cuantificar el daño o de determinar quien tendrá derecho a recibir alguna cantidad de dinero, o a la procedencia de los fondos utilizados; pocas veces existirá un consenso sobre las medidas así adoptadas.

Cabe subrayar, a guisa de conclusión, que las vertientes de reparación descritas en los párrafos que anteceden fueron recogidos en una resolución adoptada en el seno de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en diciembre de

45. Mia Swart, "Name changes as a symbolic reparation after transition: the examples of Germany and South Africa", p. 108.

46. Lisa Magarrell, "Reparations in theory and practice", pp. 5-6.

47. David C. Gray, "A no-excuse approach to transitional justice: Reparations as tools of extraordinary justice", en *Washington University law review*, vol. 87, Washington, 2010, pp. 1059 y ss.

2005, y que toma el nombre de “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.⁴⁸

VIOLACIONES MASIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS, Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En la sección anterior, se abordó el sistema sancionador que se activa en el caso de violaciones a tratados regionales de promoción y defensa de los derechos humanos; se prevé la posibilidad de declarar la responsabilidad internacional de un Estado por incumplimiento a las obligaciones por él contraídas en el ámbito de los citados instrumentos, pudiendo tener como efecto mediato alguna sanción administrativa para un agente del Estado. En los siguientes párrafos, vemos cómo el derecho internacional moderno prevé la posibilidad de fincar una responsabilidad penal *individual* en algunos casos precisos.

La doctrina reconoce, sin lugar a dudas, la existencia de normas de carácter consuetudinario, que tienen que ver con las violaciones más graves de derechos humanos llevadas a cabo por los gobiernos en contra de sus gobernados (*gross human rights violations*), que caben en la categoría de *jus cogens*, generando así obligaciones para los estados cualificadas como *erga omnes*. Este último concepto se basa en la convergencia de los atributos de la universalidad y la solidaridad: las obligaciones *erga omnes* son universales ya que vinculan todos los estados sin excepción, y se caracterizan por el atributo de la solidaridad debido a que cada Estado tiene un interés jurídico en su protección, independientemente del Estado materialmente afectado. En un mundo globalizado, ha quedado asentado que la soberanía no puede servir de escudo a los gobernantes que orquestan o permiten violaciones masivas a los derechos humanos en su territorio; en este sentido, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, encargado de velar por la paz y la seguridad internacionales, ha considerado en algunas ocasiones que estas situaciones constituían un quebrantamiento del orden internacional y una amenaza a la paz, que ameritaba una intervención internacional.

Según el autor clásico Jean Pictet, el derecho internacional humanitario es “esta porción considerable del derecho internacional público que se inspira del sentimiento de humanidad y que está enfocada en la protección de las personas en caso de

48. Documento A/RES/60/147.

guerra”.⁴⁹ El derecho humanitario clásico consta de dos ramos:⁵⁰ el de Ginebra y el de La Haya. El derecho de Ginebra tiende a salvaguardar los militares puestos fuera de combate, así como las personas que no participan a las hostilidades. Los principales instrumentos internacionales que lo componen son el primer Convenio para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña de 1864, los cuatro Convenios de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, así como el último protocolo firmado en diciembre de 2005. El derecho de La Haya fija los derechos y deberes de los beligerantes en la conducta de las operaciones, y limita la elección de las medidas bélicas que se pueden emplear. Desde la década de 1980, se habla también del “derecho de Nueva York”, que hace referencia al conjunto de normas de corte humanitario que se han adoptado en el seno de las Naciones Unidas.

Cuando los beligerantes o las autoridades estatales incumplen con las normas de derecho internacional humanitario, o llevan a cabo violaciones graves a los derechos humanos, el derecho internacional prevé formas de sancionar estos comportamientos. Como apunta Kai Ambos, el Derecho penal internacional forma parte del escudo de protección de los derechos humanos, que expresa la solidaridad de la ciudadanía mundial con las víctimas de esas violaciones,⁵¹ a continuación, estudiamos las tres facetas que reviste en la actualidad: la jurisdicción universal, los tribunales ad hoc, y la Corte Penal Internacional.

JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Este principio es uno de las bases de la jurisdicción penal en el derecho internacional; se desarrolló en el marco del derecho internacional consuetudinario, y permite que un Estado procese a un individuo acusado de cometer un crimen internacional, independientemente del lugar de los hechos, de la nacionalidad del autor, o de la víctima,⁵² por afectar “no solo el Estado nacional relacionado con el hecho, sino a la comunidad de estados o a la humanidad en cuanto tal, pues, quebranta valores fundamentales comunes”.⁵³ La noción de la jurisdicción universal se desarrolló originalmente en el contexto del enjuiciamiento de piratas, perpetradores de actos extremadamente crueles y reprehensibles, estableciéndose que todos los estados tenían un derecho equiparable de procesar los individuos que cometieran tales actos. De manera

49. Institut Henry-Dunant, *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, París, Pédone, 1986, pp. 13-14.

50. *Ibid.*, p. 14.

51. Kai Ambos, *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, México, Fontamara, 2008, p. 32.

52. Antonio Cassese, *International law*, p. 451.

53. Kai Ambos, *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, p. 66.

similar, la abolición del tráfico de esclavos condujo al refinamiento del concepto de la jurisdicción universal: el comercio de esclavos fue considerado tan repugnante y de una naturaleza tan seria que se permitió que cualquier Estado procesara a aquellos individuos acusados de haber cometido tales crímenes.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la expansión de la jurisdicción universal se dio en el contexto de los juicios que se organizaron para castigar a militares de los estados derrotados que habían llevado a cabo conductas contrarias al derecho internacional humanitario. Se plasmó, tanto en la Carta del Tribunal de Núremberg como en los artículos comunes a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, una obligación expresa para los estados de tomar medidas coercitivas en contra de los individuos responsables de actos criminales, independientemente de la existencia o no de nexos de nacionalidad con el país que los procese.

Otra manera en la que el concepto de jurisdicción universal se ha ido desarrollando es a través de la aplicación del principio encerrado en la máxima *aut dedere aut judicare* (procesar o extraditar), que requiere que un Estado extradite o procese a una persona acusada de crímenes internacionales tales como genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, tortura, terrorismo y secuestro.

Un número de casos son, en este sentido, emblemáticos. En 1961 Adolf Eichmann, quien desempeñó un rol clave en la exterminación de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial, fue condenado a muerte por la Corte de distrito de Jerusalén, según el derecho israelí⁵⁴ por, entre otras cosas, un crimen de lesa humanidad. Después de ser rechazada su solicitud de apelación por el Tribunal Supremo de Israel, fue ejecutado el 31 de mayo de 1962. La Corte de Distrito basó su autoridad para ejercer su jurisdicción en este asunto –entre otras cosas– en la apreciación que los crímenes contra la humanidad constituyen *delicta juris gentium*, caso para el cual el principio de jurisdicción universal ha sido siempre generalmente aplicable, y el hecho que la legislación israelí, bajo la cual Eichmann fue procesado, había sido inspirada de la mencionada disposición de la Convención de 1948.

El caso Eichmann fue seguido en los Estados Unidos por el caso *Demjanjuk vs. Petrovsky* en 1985.⁵⁵ En ese asunto, que involucró una petición de extradición por parte de Israel, los tribunales federales estadounidenses respaldaron el derecho de ese país a enjuiciar una persona acusada de homicidio en los campos de concentración de Europa oriental; la Corte Federal sostuvo que los crímenes aludidos cabían dentro de la figura de jurisdicción universal, y que cualquier Estado puede asumir en ese caso la jurisdicción para enjuiciar a los enemigos de la humanidad. Cabe aclarar aquí que

54. *International law reports*, vol. 36, 1962, p. 5.

55. *Federal Supplement*, vol. 603, 1985, p. 1468.

Demjanjuk fue finalmente absuelto en Israel, y volvió a ser extraditado —esta vez a Alemania— donde a finales de 2009 empezó otro proceso en su contra.

En el caso de Canadá, la Suprema Corte confirmó en 1994, en la sentencia de *R. vs. Finta*,⁵⁶ el otorgamiento a las cortes canadienses por parte del parlamento, de la jurisdicción para tratar crímenes contra la humanidad dondequiera que tales crímenes pudieran haber sido cometidos.

Sin embargo, en las últimas décadas el episodio que dio lugar a mas polémica y escrutinio por parte de la comunidad internacional, involucró un exmandatario: en los casos Pinochet, la Cámara de los Lores, fungiendo como máximo tribunal del Reino Unido una década antes de reencarnarse en Corte Suprema de ese país, aceptó en última instancia que los tribunales españoles podrían ejercer jurisdicción sobre el ex dictador chileno.⁵⁷

El Tribunal Penal para Ruanda, al cual aludimos en el siguiente apartado, condenó también, en 1998, a un ex primer ministro de ese país, por una violación del derecho penal internacional. En el caso del Fiscal *vs. Jean Kambanda*,⁵⁸ el Tribunal condenó a Kambanda a la reclusión a perpetuidad por su papel en el genocidio acontecido en 1994. El hecho que Kambanda tuviese la posición del jefe de gobierno durante el genocidio fue considerado como factor agravante.

En cuanto a la praxis de la jurisdicción universal, cabe finalmente subrayar una falta de uniformidad en cuanto a su aplicación por los estados de la comunidad internacional.⁵⁹

TRIBUNALES *AD HOC*

Dos tribunales penales *ad hoc* fueron establecidos durante la década de 1990, para enjuiciar *a posteriori* a los responsables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en dos conflictos de carácter interno: en ex Yugoslavia y en Ruanda. Estos tribunales tratan de hacer justicia a las víctimas de los conflictos, y disuadir la comisión de atrocidades semejantes en el futuro. En esos dos casos, los tribunales fueron creados a través de resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas,⁶⁰ bajo el amparo del Capítulo VII.

56. *Supreme court reports*, vol. 1, 1994, p. 701.

57. *Weekly law reports*, vol. 3, 1998, p. 1456.

58. Documento de la Organización de las Naciones Unidas ICTR-97-23-5.

59. Mireille Delmas-Marty, "Le droit pénal comme éthique de la mondialisation", en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, No. 1, París, 2004, p. 8.

60. Resoluciones 827 de 25 de mayo de 1993, y 955 de 8 de noviembre de 1994.

La labor de otros tribunales internacionales que luchan contra la impunidad es también de subrayarse aquí. Estas jurisdicciones, a diferencia de los dos ejemplos anteriores, pueden ser consideradas como híbridas, ya que todas tienen en común que la composición de sus cuerpos de jueces es mixta, con representantes del país, y de jueces de otras nacionalidades. Estos tribunales fueron creados principalmente con el afán de involucrar de una forma más idónea los estados en los que ocurrieron los hechos.

Las salas extraordinarias en las cortes de Camboya⁶¹ fueron creadas conjuntamente por la Organización de las Naciones Unidas y el gobierno camboyano; su propósito es investigar y procesar a los máximos dirigentes de los Jemeres rojos y a los principales responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros delitos tipificados por la legislación nacional cometidos entre 1975 y 1979, y a cuya especial crueldad se aludió en el cuarto capítulo de este libro.

En 2005, la Autoridad provisional de la coalición que derrocó a Saddam Hussein estableció el Tribunal Penal Supremo Iraquí, encargado de enjuiciar a los individuos que hayan cometido, entre 1968 y 2003, los crímenes enlistados en la ley que lo crea,⁶² estos incluyen, además de los crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, en su artículo 14, las violaciones a una serie de disposiciones del derecho iraquí, como el desperdicio de recursos naturales, o la injerencia en asuntos del ámbito del poder judicial del país.

En el siguiente caso, las Naciones Unidas instituyeron, a petición del gobierno de la República de Líbano, un tribunal⁶³ cuya misión es enjuiciar a todos los presuntos responsables del atentado acontecido el 14 de febrero de 2005 en Beirut, causando la muerte del ex primer ministro libanés Rafiq Hariri y de otras 22 personas. Una vez aprobada la resolución del Consejo de seguridad del 30 de mayo de 2007, las disposiciones del documento anexo a ella, incluido el Estatuto del Tribunal Especial, entraron en vigor el 10 de junio del mismo año.

El Tribunal especial para Sierra Leona⁶⁴ fue también creado por las Naciones Unidas, junto con el gobierno sierraleonés para investigar y procesar a los principales responsables de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros delitos tipificados por la legislación nacional de Sierra Leona, cometidos desde el 30 de noviembre de 1996.

61. Consúltase el sitio web de estas salas en [www.eccc.gov.kh].

62. Véase la traducción al inglés realizada por el Centro Internacional para la Justicia Transicional Disponible en [www.ictj.org/static/MENA/Iraq/iraq.statute.engtrans.pdf].

63. Véase el sitio web del tribunal [www.stl-tsl.org/action/home].

64. Véase el sitio del tribunal [www.sc-sl.org].

Los antecedentes que sustentan la creación del tribunal que constituye nuestro siguiente ejemplo se refieren a la invasión, en 1975, de Timor Oriental –entonces colonia portuguesa– por Indonesia. En 1999 la Organización de las Naciones Unidas organizó un referéndum en el que los timorenses orientales votaron a favor de la independencia. En respuesta, el ejército nacional indonesio inició una campaña de violencia e incendios criminales, resultando en centenares de personas asesinadas, y el desplazamiento de otras decenas de miles. Enfrentada a la presión internacional, Indonesia acepta finalmente crear un tribunal *ad hoc*, patrocinado por la Organización, para enjuiciar a los responsables de la violencia.⁶⁵ La Administración de transición de las Naciones Unidas en Timor oriental (UNTAET, por sus siglas en inglés) crea la Unidad de investigación de delitos graves, con la finalidad de documentar los casos en el Tribunal de distrito de Dili, la capital de Timor Oriental.

Nuestro panorama de las jurisdicciones híbridas resultaría incompleto si no mencionáramos el tribunal que la Unión Africana aceptó establecer para enjuiciar los perpetradores de los crímenes más graves cometidos en Darfur.⁶⁶ El tribunal, cuya creación fue aprobada por los estados miembros en octubre de 2009, estará compuesto de algunos jueces sudaneses y otros nombrados por la organización, y tendrá entonces una jurisdicción concurrente con la Corte Penal Internacional. La génesis del nuevo tribunal radica en el informe presentado por el panel de personalidades africanas constituido por la organización en marzo del mismo año para lograr paz, justicia y reconciliación en Darfur.

Cabe subrayar aquí que la legalidad de los tribunales *ad hoc* no causa unanimidad entre los internacionalistas; el profesor Ambos refiere al carácter esencialmente retroactivo de estas cortes como un defecto congénito.⁶⁷

CORTE PENAL INTERNACIONAL

Después de varias décadas de intentos fallidos, la voluntad política de la comunidad internacional finalmente ha dado luz a la Corte Penal Internacional, órgano

65. Véase el documento intitulado “The United Nations and East Timor-A chronology”. Disponible en [www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/Untaetchrono.html].

66. African Union, *Communiqué of the 207th meeting of the peace and security council*, Doc. PSC/AHG/COMM.1(CC VII), 29 de octubre de 2009. Disponible en [www.africa-union.org/root/ar/index/Communiqu%20on%20Darfur%20_eng..pdf].

67. Kai Ambos, “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional”, en *Política Criminal*, vol. 6, No. 9, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2010, p. 238.

permanente cuya normativa se aparta, en varios casos, de la de los tribunales *ad hoc*,⁶⁸ marcando así un viraje institucional, de la imposición (vertical) del sistema *ad hoc*, al régimen universal (horizontal) de la Corte Penal Internacional.⁶⁹

Se recordará que el tribunal en comento es dotado de una jurisdicción meramente complementaria, es decir que solo interviene si el sistema judicial nacional resulta incapaz o indeseoso de actuar;⁷⁰ cabe aclarar por otro lado que su Estatuto le confiere competencia, por lo pronto, únicamente sobre cuatro categorías de ilícitos: genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, y agresión.

En cuanto a reparaciones financieras, el Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé, en su artículo 79, la creación de un fondo fiduciario cuyo papel se centra en indemnizar a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos, y que se integrará, en parte, por las sumas y los bienes recibidos por concepto de multa o decomiso.

CONCLUSIÓN

El funcionamiento del sistema internacional de salvaguardia de los derechos humanos antes descrito es probablemente imperfecto: varias vejaciones se quedan impunes, y aunque un Estado sea por ejemplo condenado en la Corte Interamericana, esta carece de una herramienta que le permita asegurar el cumplimiento de la sentencia. Por otro lado, los estados se muestran a veces renuentes a dar cabal observancia a las recomendaciones o mandamientos provenientes de órganos jurisdiccionales o de fiscalización de los derechos humanos; la cooperación con los tribunales internacionales que buscan enjuiciar a los perpetradores de los crímenes más graves puede ser problemática, como se ha visto en el caso de la orden de captura emitida por el Fiscal de la Corte Penal Internacional en contra del presidente de Sudán Al-Bashir, por su presunto involucramiento en los acontecimientos ocurridos en Darfur.

El balance del sistema mundial no debe perder de vista tres elementos.⁷¹ En primer término, su eficacia depende en gran parte de los sistemas jurídicos estatales. En segundo lugar, la puesta en práctica de los derechos humanos se inscribe en el marco de un problema de envergadura mayor: la creencia en la idea misma de Estado de Derecho y en su permanencia, ilustrada a través, por ejemplo, de la existencia de un poder judicial independiente. Finalmente, la suscripción de instrumentos internacio-

68. *Ibid.*, p. 241.

69. *Ibid.*, p. 250.

70. Véase el artículo de Oscar Solera, "Complementary jurisdiction and international criminal justice", en *International review of the Red cross*, vol. 84, No. 845, Ginebra, 2002.

71. Ian Brownlie, *Principles of public international law*, p. 584.

nales por parte de los estados presupone que estos aplicarán los estándares pactados, y que su implementación no constituirá un problema; en muchas ocasiones, la historia ha mostrado que los obstáculos que se presentan en la práctica son difíciles de superar.

Algunos ven, con base en este panorama, la necesidad de un tribunal mundial de derechos humanos,⁷² cuya creación sin duda se enfrentaría a la renuencia de muchos países, y que dependería, para su eficacia, de la voluntad política de los estados miembros de acatar sus decisiones, lo que hace que esta tarea pendiente para los defensores de los derechos humanos, se antoje difícil de concretizar.

BIBLIOGRAFÍA

Ambos, Kai, “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”, en *Política Criminal*, vol. 6, No. 9, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2010.

— *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, México, Fontamara, 2008.

Bobbio, Norberto, “Presente y futuro de los derechos del hombre”, en Norberto Bobbio, dir., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 7a. ed.

Cançado Trindade, Augusto Antonio, “Derechos de solidaridad”, en *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, t. I, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

Cassese, Antonio, *International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, 2a. ed.

Corten, Olivier y Klein Pierre, “L’assistance humanitaire face à la souveraineté des Etats”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Bruselas, 1992.

Daillier, Patrick, y Alain Pellet, *Droit international public*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1999, 6a. ed.

Delmas-Marty, Mireille, “Le droit pénal comme éthique de la mondialisation”, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, No. 1, París, 2004.

Facchi, Alessandra, “Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti”, en *Jura Pentium-Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, vol. V, Florencia, Il Mulino, 2009. Disponible en [<http://www.juragentium.unifi.it/it/surveys/rights/fantasma.htm>].

72. Véase, en este sentido, el artículo del relator especial de la ONU para la tortura, Manfred Nowak, “The need for a world court of human rights”, *Human rights law review*, vol. 7, No. 1, Oxford, Oxford University Press, 2007.

- García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.
- *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003.
- Gray, David C., “A no-excuse approach to transitional justice: Reparations as tools of extraordinary justice”, en *Washington University law review*, vol. 87, Washington, 2010.
- Habermas, Jürgen, *The inclusion of the other-Studies in political theory*, Cambridge, The MIT Press, 1998.
- Harris, David J., *Cases and materials on international law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2004, 6a. ed.
- Institut Henry-Dunant, *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, París, Pédone, 1986.
- Kartashkin, Vladimir, y Stephen Marks, “International human rights”, en Lori Fisler Damrosch *et al.*, eds., *Beyond confrontation. International law for the post-Cold war era*, Nueva York, Boulder, 1995.
- Legros, Pierre, y Marianne Libert, *L'exigence humanitaire-le devoir d'ingérence*, París, Les Presses du management, 2000.
- Loianno, Adelina, “Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coords., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008.
- Londoño Lázaro, María Carmelina, “Las Cortes interamericana y europea de derechos humanos en perspectiva comparada”, en *International law*, No. 5, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- Magarrel, Lisa, “Reparations in theory and practice”, en *Reparative justice series, Centro internacional para la justicia transicional*, 2007. Disponible en [<http://www.ictj.org/static/Reparations/0710.Reparations.pdf>].
- Medina Quiroga, Cecilia, y Claudio Nash Rojas, *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago, Universidad de Chile, 2007. Disponible en [<http://www.cdh.uchile.cl/Libros/SIDH.pdf>].
- Mengozzi, Paolo, “Diritto internazionale, diritti della persona e intervento di umanità”, en *Iustitia*, vol. 3-4, Roma, 1994.
- Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago, Centro de Derechos Humanos/Universidad de Chile, 2009. Disponible en [http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Reparaciones_CNR.pdf].
- Nowak, Manfred, “The need for a world court of human rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 7, No. 1, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Saavedra Alessandri, Pablo, “La Corte interamericana de derechos humanos. Las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los Estados”, en *Memorias del Seminario “Los instrumentos*

- de protección regional e internacional de los derechos humanos*", México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2004.
- Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, 2a. ed.
- Solera, Óscar, "Complementary jurisdiction and international criminal justice", en *International review of the Red Cross*, vol. 84, No. 845, Ginebra, 2002.
- Swart, Mia, "Name changes as a symbolic reparation after transition: the examples of Germany and South Africa", en *German law journal*, vol. 9, No. 2, 2008. Disponible en [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No02/PDF_Vol_09_No_02_105-120_Articles_Swart.pdf].
- Tsagourias, Nikolaos, *Jurisprudence of international law. The humanitarian dimension*, Manchester, Manchester University Press, 2000.
- Vargas Carreño, Edmundo, "El principio de no intervención y su vigencia en el derecho internacional del siglo XXI", en Méndez Silva, Ricardo, *Derecho y seguridad internacional-Memoria del Congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2012

Fecha de aprobación: 9 de enero de 2013

La legalidad de las inversiones como un requisito para la protección de los tratados internacionales de inversiones

*Claudia H. Salgado Levy**

RESUMEN

Un gran número de acuerdos internacionales de inversiones (AI) contiene la formulación “inversiones realizadas de conformidad con las leyes nacionales” o una enunciación similar. En términos generales, la tendencia ha sido considerar que esta formulación hace referencia a la legalidad y a la validez de la inversión. El objetivo del presente trabajo es analizar en qué medida las inversiones extranjeras realizadas ilegalmente pueden beneficiarse de la protección de los AI y de su mecanismo de solución de controversias. Para ello, la primera parte identificará las posibles localizaciones de esta formulación y sus implicaciones. La segunda examinará qué sucede con las inversiones que se tornan ilegales; si la ilegalidad debe ser tratada como una objeción jurisdiccional o como una cuestión de fondo y, finalmente, si la ilegalidad es consecuencia de la violación de normas substantivas o también de meras formalidades.

PALABRAS CLAVE: acuerdos internacionales de inversiones; ilegalidad de las inversiones; arbitraje internacional de inversiones.

ABSTRACT

A large number of International Investment Agreements (IIAs) use the so-called “in accordance with host state law” clause or a similar wording. Overall, the trend has been to consider that this type of wording refers to the legality and validity of the investment. The aim of this paper is to analyze the extent to which illegal foreign investments may benefit from IIAs protection and its dispute settlement mechanisms. In order to perform this analysis, the first part of the article will identify possible locations in a treaty of this wording and its implications. The second part will consider what happens to the investments that become illegal; if the illegality of an investment shall be treated as a jurisdictional objection or as a matter of substance and; finally, if the illegality is due to the breach of substantive rules or also of mere formalities.

KEY WORDS: International Investment Agreements; illegality of investments; international investment arbitration.

FORO

* Consultora, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

INTRODUCCIÓN

Los tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones extranjeras (TBI) así como muchos otros acuerdos internacionales contentivos de capítulos substantivos en materia de inversiones extranjeras, tales como los acuerdos de libre comercio, poseen cláusulas, más o menos estándares, para la protección de las inversiones y de los inversionistas de las partes contratantes. Además, la gran mayoría de estos acuerdos o tratados internacionales de inversiones (AII) otorgan la posibilidad que los inversionistas sometan por sí mismos –y ya no a través de la protección diplomática– determinadas controversias que surjan con motivo de la inversión con el Estado receptor a ciertos mecanismos para la solución de litigios, tales como el arbitraje, la mediación, la conciliación y las cortes y los tribunales nacionales.

El arbitraje internacional es el mecanismo para la solución de controversias inversionista-Estado más utilizado. En la actualidad existen más de 450 arbitrajes iniciados sobre la base de AII,¹ los cuales son generalmente administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o son arbitrajes *ad hoc* conformados bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés).

El consentimiento es la piedra angular para que proceda este tipo de mecanismo internacional. En el caso del arbitraje internacional de inversiones, el consentimiento de los estados suele ser otorgado a priori y de forma general en los AII mientras que el consentimiento del inversionista es expresado para un caso concreto una vez que la disputa ha surgido.² El consentimiento otorgado por los estados en los AII se considera una “oferta” la cual, una vez aceptada por el inversionista, es irrevocable. Este consentimiento puede ser dado de forma pura y simple, pero así mismo puede estar condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos, establecidos en las diferentes cláusulas de los AII.

El objetivo del presente trabajo es analizar hasta qué punto la formulación “inversiones realizadas de conformidad con las leyes nacionales” contenida en diferentes

-
1. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, “Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement”, IIA Issues Note N. 1, abril 2012.
 2. Los estados también pueden otorgar su consentimiento para someterse al arbitraje internacional a través de sus leyes nacionales o en los contratos que celebren con inversionistas extranjeros (una cláusula compromisoria). Así mismo, lo pueden hacer mediante la adopción de un compromiso arbitral. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, únicamente me remitiré al consentimiento otorgado a través de los AII.

cláusulas de los AII constituye uno de los requisitos, sin el cual no existe consentimiento previo por parte del Estado receptor para someterse al arbitraje internacional. En otras palabras, esta obra examinará si las inversiones extranjeras realizadas ilegalmente o en inobservancia de las regulaciones y demás disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión pueden beneficiarse de la protección contenida en los AII. Para ello, la primera parte identificará posibles localizaciones de la formulación “inversiones realizadas de conformidad con las leyes nacionales” (o una formulación similar) y analizará sus implicaciones. La segunda parte está dedicada al análisis sobre el alcance y los límites de este tipo de formulación.

DIFERENTES FORMULACIONES SOBRE LA LEGALIDAD DE LA INVERSIÓN EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE INVERSIÓN

Un gran número de AII contiene la formulación “inversiones realizadas de conformidad con las leyes nacionales” o una enunciación muy similar, ya sea en el preámbulo, la definición de inversión, en la cláusula sobre admisión y establecimiento o en el artículo referente al alcance y ámbito de aplicación de los AII. De forma menos frecuente, esta formulación también puede encontrarse en la cláusula sobre solución de controversias inversionista-Estado.

Este tipo de formulación no había desempeñado un rol importante para la determinación de la aplicación de los AII hasta que el tribunal en *Inceysa c. El Salvador*, se declaró sin jurisdicción para resolver la diferencia debido a que la inversión en cuestión no había sido realizada de acuerdo con las leyes y las regulaciones del Estado anfitrión.³ Posteriormente, otros tribunales han aplicado un razonamiento similar para denegar la protección de los tratados de inversiones a lo que ha sido caracterizado como “inversiones ilegales”.⁴

3. *Inceysa Vallisoletana s.l. c. El Salvador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 agosto 2006.

4. Otros ejemplos: *Ross Anderson et al c. Costa Rica*, Laudo, 19 mayo 2010 y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, Laudo Final, 16 agosto 2007. Este último fue posteriormente anulado –Decisión sobre la solicitud de anulación de 23 diciembre 2010– por quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. De acuerdo con la Comisión *ad hoc*, el tribunal arbitral debió haber dado una oportunidad adicional a las partes para aportar evidencia y poder argumentar sobre la ley filipina (pp. 245-247). La interpretación adoptada por el tribunal sobre la ilegalidad de la inversión como tal no fue la causa de la anulación. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que, debido a la inexistencia de un sistema de precedentes obligatorios en el arbitraje de inversiones, los tribunales arbitrales no están obligados a seguir las interpretaciones realizadas por otros tribunales ni por las comisiones *ad hoc*.

A continuación se citan algunos ejemplos y se analizan algunas de las posibles consecuencias de este tipo de formulación.

FORMULACIÓN “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES NACIONALES” EN LA DEFINICIÓN DE INVERSIÓN

Muchos AII contienen en la definición de inversión, el requerimiento “de conformidad con las leyes nacionales” o una o formulación muy similar. Así por ejemplo, la mayoría de TBI celebrados por la República Popular China contiene dicho requerimiento en la definición de inversión. El artículo 1 del TBI suscrito entre China y Cuba (1995) señala: “El término ‘inversión’ significa todo tipo de bien o activo, invertido por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, *de conformidad con las leyes y regulaciones de la otra Parte Contratante...*” (traducción libre. Las cursivas me pertenecen).

La formulación “de conformidad con las leyes y regulaciones” en los TBI firmados por China es el único calificativo general aplicado a la definición de inversión.⁵ Esta formulación no ha sido mayormente explicada en la mayoría de TBI concluidos por China. Sin embargo, recientemente, China y Cuba suscribieron un texto modificatorio a su TBI en el cual se incluyó una interesante explicación al respecto:

En relación al artículo 1, párrafo 1, la expresión “de conformidad con las leyes y regulaciones de la otra Parte Contratante” significará que para que cualquier activo invertido sea considerado como una inversión protegida por este Acuerdo, este debe estar de acuerdo con cualquiera de las modalidades de inversión extranjera definidas por la legislación del Estado Parte, receptor de la inversión, y registrado como tal en el registro correspondiente.⁶ (traducción libre)

El TBI concluido por Camboya y Malasia (1994) también contiene una formulación similar en la definición de inversión: artículo 1: Definiciones: “... (i) El término ‘inversiones’ (...) se referirá únicamente a todas aquellas *inversiones realizadas de conformidad con la legislación, las regulaciones y las políticas nacionales de las Partes Contratantes*”⁷ (traducción libre. Las cursivas me pertenecen).

-
5. Norah Gallagher y Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*, Nueva York, Oxford International Arbitration Series, 2009, p. 56.
 6. Texto Modificatorio al TBI suscrito entre China y Cuba, firmado en 2010. Disponible en la página web del Ministerio de Comercio de la República Popular China, último ingreso en junio 2012. Disponible en [<http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/bk/201003/20100306805846.html>].
 7. Un lenguaje similar se encuentra en el TBI concluido entre Israel y la República de Corea (1999).

Otro ejemplo es el TBI firmado por Colombia y España (2005), el cual indica: “Por ‘inversiones’ se denomina todo tipo de activos de carácter económico que hayan sido invertidos por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante *de acuerdo con la legislación de esta Última*” (las cursivas me pertenecen).

Al negociar AII los estados tienen un gran margen de discrecionalidad para caracterizar qué transacciones u operaciones calificarán como inversiones para efectos de la aplicación y consecuente protección del AII. Así mismo, en uso de sus facultades, los estados pueden decidir qué controversias relativas a inversiones someterán al arbitraje internacional. Entre un sinnúmero de posibilidades, los estados pueden requerir que una cierta transacción sea realizada de conformidad con las leyes nacionales para calificar como una inversión.

Este requerimiento constituye una limitación del ámbito de protección de la inversión y su objetivo es fomentar que los inversionistas extranjeros cumplan con todas las leyes y regulaciones al momento de establecer su inversión y, así, evitar que actividades ilegales sean protegidas por el tratado. De esta forma, la protección contenida en el AII es únicamente otorgada si las inversiones fueron realizadas de conformidad con las leyes nacionales del Estado receptor de las inversiones. Precisamente en este sentido se pronunció el tribunal en *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, el cual sostuvo que las inversiones que no cumplan con el requisito “inversiones de conformidad con las leyes” no obtendrán la protección del tratado ni acceso al arbitraje internacional ya que no se puede considerar que los estados han otorgado acceso al mecanismo internacional de solución de controversias a inversiones que fueron realizadas en violación de sus leyes.⁸

Los estados demandados han tratado que la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” sea interpretada en el sentido de que el concepto de inversión, y por lo tanto el alcance de protección bajo tratado, sea determinado en función de sus propias leyes.⁹ Los tribunales han rechazado este razonamiento y, al contrario, han interpretado unánimemente que esta formulación no se refiere al concepto de inversión sino a la existencia y a la validez de la inversión. Es así que las leyes locales adquieren una gran relevancia en cuanto a la determinación de la existencia y validez del bien que calificará o no como una inversión para efectos de la aplicación del AII.

Algunos casos arbitrales relevantes que tratan sobre este punto son los siguientes:

En *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c. Marruecos*, el tribunal observó que el requerimiento de que los activos sean invertidos de acuerdo con los leyes y las re-

8. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, Laudo Final, 16 agosto 2007.

9. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention, a Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 2a. ed., p. 140.

gulaciones locales hace referencia a la legalidad de la inversión y no a su definición y su objetivo es primordialmente asegurar que el tratado bilateral no proteja inversiones que no debe, generalmente por ser ilegales.¹⁰

El tribunal en *Tokios Tokelés c. Ucrania* acogió el criterio del tribunal en *Salini c. Marruecos* y reiteró que la necesidad de que las inversiones se hagan de acuerdo con los leyes y las regulaciones del Estado del anfitrión un requisito común en tratados bilaterales modernos que intenta prevenir la protección de inversiones ilegales.¹¹

Así mismo, el tribunal en *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS. c. Pakistán* consideró que no había razón alguna para alejarse del razonamiento contemplado en *Salini c. Marruecos* en lo referente a considerar que este tipo de formulaciones (de conformidad con las leyes nacionales) afecta a la validez de la inversión y no a su definición.¹²

Por su parte, el tribunal en *LESI SpA et Astaldi SpA c. Argelia* sostuvo que:

La referencia en el texto sobre la conformidad de la inversión con las leyes y regulaciones vigentes no constituye un reconocimiento formal de la noción de inversión según lo entendido en ley argelina de manera restrictiva, pero, al contrario, adoptando una enunciación clásica y enteramente justificada, significa la pérdida de protección sufrida por aquellas inversiones realizadas en violación de principios fundamentales.¹³ (traducción libre)

Igualmente, en *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, el tribunal arbitral reafirmó que las palabras “de conformidad con las leyes y regulaciones” del Estado receptor contenida en la definición de inversión se refiere al modo y no a la definición de inversión.¹⁴

En *Alasdair Ross Anderson et al c. Costa Rica* el tribunal explicó que no todos los TBI contienen el requerimiento de que las inversiones sujetas a la protección del tratado deben ser realizadas de conformidad con la ley del país receptor. El hecho de que el TBI entre Canadá-Costa Rica TBI haya específicamente incluido esta formulación es una indicación clara de la importancia que las partes contratantes dieron a la legalidad de las inversiones de la otra parte, y su intención de que sus leyes en materia de inversiones sean estrictamente obedecidas. La garantía de la legalidad de las inversiones tiene, que es crucial, tiene consecuencias en el bien público y el bienestar económico de todo país.¹⁵

10. *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción, 23 julio 2001, p. 46.

11. *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Decisión sobre Jurisdicción, 29 abril 2004, pp. 84-85.

12. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, 14 noviembre 2005, p. 109.

13. *LESI SpA et Astaldi SpA c. Argelia*, Laudo Final, 12 julio 2006, p. 83.

14. *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, Decisión sobre Jurisdicción, 21 marzo 2007, pp. 79-82, 120-124.

15. *Ross Anderson et al c. Costa Rica*, Laudo 19 mayo 2010, p. 58.

Tratadistas también han señalado que los convenios internacionales que contienen la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” requieren que la transacción cumpla con este requisito para calificar como inversión,¹⁶ y que la expresión “de conformidad con la legislación del Estado receptor de las inversiones” es una limitación extensiva de la definición de inversión y del tipo de inversión que estará sujeta a la protección del tratado.¹⁷ En este orden de ideas, también han observado que, en uso de esta formulación, la ley del Estado receptor no puede limitar u otorgar calificativos al concepto de inversión para efectos de la aplicación del AII.¹⁸

Por todo lo anteriormente mencionado, queda claro que la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” es un requisito que tiene que ser cumplido para que un cierto tipo de operación, transacción o categoría de activos califiquen como una inversión bajo los AII. Aquellas inversiones que sean ilegales en el territorio del Estado receptor estarán imposibilitadas de beneficiarse de la protección del tratado.

FORMULACIÓN “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES NACIONALES” INCLUIDA EN LA CLÁUSULA DE ADMISIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE LAS INVERSIONES

Es muy común encontrar en los TBI una cláusula que regule la promoción, admisión y establecimiento de las inversiones. A través de este tipo de cláusulas, los estados ejercen su derecho soberano de regular, aceptar o incluso rechazar la entrada de inversiones extranjeras en sus territorios *de conformidad con sus leyes y regulaciones nacionales*, las cuales pueden, por ejemplo, imponer condiciones para la operación de la inversión; procedimientos de control, revisión o incluso ciertas limitaciones y restricciones a ciertos sectores u actividades, de acuerdo a los intereses políticos y económicos del Estado receptor de las inversiones (p.e. para proteger a ciertos sectores vulnerables de su economía y para atraer inversión de calidad).

Un ejemplo contentivo de la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” es el TBI concluido por Colombia y España (2005), cuyo artículo 2 señala:

16. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention, a Commentary*, p. 199.

17. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 2a. ed., p. 226.

18. Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009, p. 93. Ver también en Campbell McLachlan, Laurence Shore y Mathew Weinuger, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford, Oxford International Arbitration, 2007, pp. 6-63.

Promoción y admisión de las inversiones:

1. Cada Parte Contratante promoverá en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales.
2. Cuando una Parte Contratante haya admitido una inversión en su territorio concederá, de conformidad con sus disposiciones legales, los permisos necesarios en relación con dicha inversión y con la realización de contratos de licencia, de asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada Parte Contratante concederá de conformidad con sus disposiciones legales, cada vez que sea necesario, las autorizaciones requeridas en relación con las actividades de consultores o de personal cualificado, cualquiera que sea su nacionalidad.

La admisión de las inversiones de conformidad con las leyes nacionales puede requerir alguna acción por parte del Estado, como, por ejemplo, la firma de un contrato con el inversionista, o una autorización expresa por parte de las agencias gubernamentales o también puede ser instantánea sin la necesidad de ningún tipo de aprobación. En el primer caso, es decir AII que estipulan que las inversiones deberán ser admitidas a través de algún tipo de autorización, reconocimiento o aprobación por las autoridades competentes para establecerse en el país, los inversionistas tendrán que cumplir con este requisito para obtener la protección del AII y, por lo tanto, poder recurrir al arbitraje internacional.

Aquellos inversionistas que no adquirieron los respectivos permisos o autorizaciones para la admisión y establecimiento de su inversión únicamente contarán con la protección otorgada por el derecho internacional general pero no con la protección específica del AII.¹⁹ Cabe mencionar que algunos autores consideran que el control de los estados de la entrada y establecimiento de inversiones extranjeras facilita identificar que inversiones están sujetas a la protección otorgada por los AII.²⁰

En el segundo caso –cuando no se requiere de autorizaciones o permisos– el inversionista contará con la protección del AII desde el momento que su inversión haya sido legalmente establecida.

El tratado bilateral de inversiones firmado entre el Reino de Bahréin y Tailandia (2002) es un ejemplo de AII que solamente protege inversiones que han sido realizadas mediante una autorización expresa por parte de las autoridades competentes del Estado receptor de las inversiones. El artículo 2.1 de este tratado señala que “...los beneficios de este Acuerdo se aplicarán a las inversiones de los inversionistas (...)”

19. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, pp. 97-122.

20. Rohan Perera, “The Role and Implications of Bilateral Investment Treaties”, en *Commonwealth Law*, vol. 26. No. 1, s. l., 2000, p. 609. También citado en Crina Baltag, “Admission of Investments and the ICSID Convention”, en *Transnational Dispute Management*, ISSN 1875-4120, vol. 6, No. 1, 2009.

que hayan sido específicamente aprobadas por escrito por la autoridad competente de conformidad con las leyes y regulaciones...” (traducción libre. Las cursivas me pertenecen).

Así mismo, el artículo II (1) del Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático –ANSA– (1987) establece que el acuerdo se aplicará únicamente a inversiones que han sido específicamente aprobadas por escrito y registradas por el Estado receptor. En ambos casos, las inversiones no se consideran admitidas en el país anfitrión hasta que cuenten con un reconocimiento o autorización expresa por parte de las autoridades correspondientes de dicho país. En cambio, otros AII no requieren de ninguna autorización y las inversiones son tácitamente admitidas, pero siempre y cuando hayan cumplido con las leyes y regulaciones locales.

En cuanto a la práctica arbitral, en *Gruslin c. Malaysia*, el tribunal arbitral trató la cuestión de las inversiones que requieren una expresa autorización para ser admitidas y/o establecidas en términos del AII. De acuerdo con el TBI entre Bélgica/Luxemburgo y Malasia únicamente las inversiones clasificadas como “proyectos aprobados” por el “Ministerio correspondiente” estaban protegidas por el tratado. El tribunal decidió que no tenía jurisdicción sobre la demanda del Sr. Gruslin ya que la compra de bonos en Luxemburgo –que resultaron reflejados en el portafolio adquirido parcialmente por KLSE– no constituía “un proyecto aprobado” y por lo tanto no era una inversión en los términos del TBI.²¹

En *Tokios Tokelés c. Ucrania* el tribunal debió analizar si algunos errores contenidos en los documentos proporcionados por el inversionista al Estado receptor, relacionados con la adquisición y la transferencia del activo (tales como la ausencia de una firma o de una notarización que era necesaria) convertía a los activos invertidos en inversiones no realizadas “de acuerdo con las leyes y las regulaciones” de Ucrania. El tribunal enfatizó que el hecho de que las autoridades gubernamentales registraron cada una de las inversiones del demandante hizo que la “inversión” haya sido efectuada de acuerdo con las leyes y las regulaciones de Ucrania. Además, el tribunal sostuvo excluir de la protección del AII una inversión sobre la base de errores menores sería inconsistente con el objeto y propósito del tratado.²²

En casos más recientes, los tribunales han resaltado la importancia que tiene la admisión de las inversiones efectuadas de acuerdo con las leyes y las regulaciones nacionales para que cuenten con la protección de los AII. En el caso *Saluka c. República Checa*, el TBI aplicable contenía la formulación “de acuerdo con la ley del Estado

21. *Gruslin c. Malasia*, Laudo 27 noviembre 2000, 5 ICSID Reports 483.

22. *Tokios Tokelés c. Ucrania*, No. 17, pp. 85-86.

receptor” en la cláusula sobre admisión de las inversiones. El tribunal recordó que esta cláusula significa que las inversiones deben haber sido realizadas de acuerdo con la normativa del Estado receptor y que las inversiones ilegales no tenían derecho a beneficiarse de la protección otorgada por el tratado. Sin embargo, en este caso en particular, el tribunal arbitral no encontró ninguna ilegalidad.²³

En *Desert Line Projects LLC c. Yemen* el Estado demandado alegó que las inversiones del demandante no fueron aceptadas por el Estado, como una inversión conforme a sus leyes y regulaciones, y para la cual se emite un certificado según los requisitos del artículo 1 (1) del TBI Yemen-Omán. El tribunal consideró que la emisión del certificado no era un objetivo substantivo sino más bien una mera formalidad que “constituiría una trampa artificial que privaría a los inversionistas de la protección que el TBI pretende otorgar”.²⁴ De hecho, la inversión ya había sido aceptada y bienvenida de buena fe por el Jefe de Estado así que la imposición de calificaciones y de requisitos formales sería ofensiva a “las nociones más elementales de buena fe e insultantes al Jefe de Estado”.²⁵

En *Aguas del Tunari S.A c. Bolivia* el tribunal también tuvo la oportunidad de analizar la cláusula sobre admisión del TBI Bolivia-Holanda. En este caso, el tribunal tomó un razonamiento diferente al descrito en los casos anteriores. Utilizando una interpretación restrictiva, el tribunal concluyó que el alcance de “de conformidad con las leyes y las regulaciones de Bolivia” no era respecto a la admisión de la inversión sino que estaba limitado a los detalles de cómo cada parte contratante regula sus leyes y regulaciones nacionales para promover la cooperación económica a través de la protección de las inversiones.²⁶

El requerimiento de que las inversiones sean admitidas de conformidad con las leyes y regulaciones del Estado receptor juega un rol importante. En primer lugar, como se mencionó anteriormente, permite que el Estado pueda hacer uso de su facultad de regular en todo momento durante la fase del preestablecimiento de las inversiones y que, por lo tanto, pueda aceptar o rechazar las inversiones extranjeras o imponer nuevas restricciones para su admisión sin que esto genere una demanda por parte de posibles inversionistas.²⁷

Esto se debe a que, en principio, los AII únicamente generan derechos a los inversionistas una vez que la inversión ha sido establecida legalmente. Hay, sin embargo,

23. *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, PCA, Laudo parcial, 17 marzo 2006, pp. 204 y 217.

24. *Desert Line Projects LLC c. Yemen*, Laudo, 6 febrero 2008, pp. 103 y 106. Traducción libre.

25. *Ibíd.*, p. 119.

26. *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivia*, Decisión sobre Jurisdicción, 21 octubre 2005, p. 153.

27. Sobre la distinción entre la protección pre y post admisión y establecimiento: McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, pp. 7.33-7.36.

AII que tienen como objetivo liberalizar las condiciones de entrada y operación de los inversionistas y por lo tanto otorgan a los inversionistas el derecho de establecerse recibiendo un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones nacionales (“trato nacional”) o a las inversiones provenientes de terceros países (“trato de la nación más favorecida”). En estos casos, el poder de regular del Estado se ve limitado y los inversionistas potenciales tienen la facultad de exigir, incluso mediante arbitraje internacional, que el establecimiento de sus inversiones no estén sujetos a medidas discriminatorias²⁸ tales como la exigencia de requisitos diferentes a los pedidos a los inversionistas nacionales o a los inversionistas de terceros países.

En segundo lugar, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales”, utilizada en la cláusula de admisión y establecimiento de las inversiones, hace que las inversiones que no cumplan con este requisito, en particular aquellas inversiones que no han cumplido con el proceso de admisión o han sido realizadas sin autorización, licencia u otro tipo de permiso, no se benefician de la protección del AII ya que no cumplen con la categoría de “inversiones admitidas” e incluso no pueden ser caracterizadas como inversiones por ser inexistentes para el Estado receptor. Así, por ejemplo, si el Estado prohíbe inversiones extranjeras en un sector de su economía y un inversionista extranjero desatiende tal restricción, su inversión no podrá ser protegida por el AII. Este razonamiento es altamente deferente de las decisiones tomadas con anterioridad al establecimiento de las inversiones por el Estado anfitrión sobre qué categoría de actividades económicas serán admitidas y por ende protegidas.

Tercero, la formulación “de conformidad con las leyes y las regulaciones del Estado anfitrión” en la cláusula sobre admisión y establecimiento está limitada a la fase de la entrada y establecimiento de la inversión y no a todas sus etapas de duración tal como la extensión, operación, gerencia, mantenimiento, uso, disfrute, venta y cualquier otra forma que pueda adoptar la inversión, consecuentemente, una vez admitida la inversión, esta cuenta con la protección del AII. Esto no quiere decir que el inversionista podrá desconocer las leyes y regulaciones nacionales una vez que su inversión ha sido admitida, pues es de sentido común que el inversionista debe respetar a todo momento el ordenamiento jurídico del país donde mantiene su inversión.²⁹

En cuanto al cambio de forma de la inversión y la reinversión, hay ciertos tratados que especifican que deben ser hechas de conformidad con las leyes y otros que son silenciosos al respecto. Sobre el particular, cuando haya nuevas inversiones realizadas

28. Anna Joubin-Bret, “Admission and Establishment in the Context of Investment Protection”, en August Reinisch, edit., *Standards of Investment Protection*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2008. Este acercamiento generalmente se observa en TBI y TLC concluidos por Canadá, Estados Unidos y Japón.

29. Sobre obligaciones generales de los inversionistas: Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises & the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 2a. ed.

por el mismo inversionista, o algún cambio en la forma de su inversión, parecería lógico exigir que estas inversiones observen las leyes y regulaciones del Estado receptor para beneficiarse de la protección del AII, ya que estas “nuevas operaciones, activos u transacciones” atañen la naturaleza misma de las inversiones. Sin embargo, este criterio no ha sido acogido unánimemente en la doctrina y hay quienes sostienen que estas inversiones únicamente deben estar sujetas a las mismas condiciones y requerimientos exigidos a la inversión primaria.

Sobre este punto, es interesante observar que la mayoría de los TBI suscritos por China establecen que cualquier alteración o cambio en la forma en la cual los activos son invertidos no afecta su clasificación, naturaleza y designación de inversión.³⁰ Consecuentemente, la transformación de la inversión en violación de las leyes del Estado receptor no privaría a la inversión de beneficiarse de la protección del tratado.³¹ Sin embargo, a manera de excepción, algunos TBI chinos explícitamente requieren que el cambio de la forma de la inversión sea realizada de conformidad con las leyes y regulaciones del Estado anfitrión.³² Otro ejemplo es el TBI Guatemala-Israel (2006) el cual indica:

Art 1. Las disposiciones de este Acuerdo relacionadas con las inversiones se aplicarán a las reinversiones de los rendimientos de una inversión, para lo cual se otorgará el mismo trato que a la inversión original, *siempre que la reinversión se haya realizado de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante Receptora*. Un cambio en la forma de la inversión o un cambio en la forma de la reinversión, no afectarán su carácter de inversión de conformidad con el significado establecido en este Acuerdo, si *el cambio es efectuado de conformidad con la legislación de la Parte Contratante Receptora*” (las cursivas me pertenecen).

En cuarto lugar, las acciones cumulativas del Estado anfitrión pueden constituir una aceptación informal de una inversión extranjera que no habría sido admitida de otra manera porque no estaba de conformidad con las leyes del Estado. Esto se debe al principio de *Estoppel*, en aplicación del cual el Estado no podría alegar violaciones de su ley por parte del inversionista cuando tácitamente admitió una inversión que no estaba de acuerdo con las leyes locales. Igualmente, este razonamiento se aplica a las acciones negligentes de los funcionarios públicos quienes, por ejemplo, no corrigen o no inician acciones en contra de una inversión que vulneró las leyes locales al momento de su entrada y establecimiento. La admisión tácita de las inversiones en estos casos estaría también protegida por el AII, pese a su ilegalidad. No obstante, la ilegalidad

30. Norah Gallagher y Wenhua Shan, *Chinese investment treaties: policies and practice*, 70.

31. *Ibid.*, p. 69.

32. China-Lituania TBI, art. 1.1. También: TBI China-Rusia y TBI Bosnia Herzegovina-China.

será un asunto que podría ser tratado en el fondo de la diferencia, como se observará en la segunda parte de este trabajo.

Por el contrario, las acciones o ilegalidades encubiertas por parte del inversionista en torno a su inversión que fueron desconocidas por los funcionarios estatales al momento de admitir la inversión, privará a esta de la protección de AII.

Quinto, la admisión de las inversiones le otorga privilegios especiales. El aumento o la modificación subsecuente por parte del Estado de las condiciones impuestas no da lugar a que la inversión pierda la protección del tratado por dejar de ser una “inversión admitida de conformidad con las leyes nacionales”. Caso contrario habría un desequilibrio entre el derecho de regular del Estado y la facultad del inversionista de contar con la protección del tratado una vez que su inversión fue admitida de conformidad con las leyes. Además, si el cambio de las condiciones para la legalidad de la inversión afectara la protección otorgada por el tratado a las inversiones que fueron realizadas de conformidad con las leyes, el Estado anfitrión tendría la posibilidad de manipular la protección del tratado.

Finalmente, cabe mencionar que algunos autores consideran que “de conformidad con las leyes del Estado” es una “formalidad especial” que puede ser impuesta por el Estado con respecto al establecimiento de las inversiones. Para llegar a esta conclusión, utilizan como ejemplo el artículo 1111 (1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) el cual especifica que las partes pueden adoptar formalidades especiales con respecto al establecimiento de las inversiones tales como el requisito de que las inversiones se constituyan legalmente bajo las leyes y regulaciones del Estado receptor, a condición de que tales formalidades no impidan materialmente la protección otorgada a través del tratado a los inversionistas extranjeros. Sin embargo, cabe observar que no todos los AII contienen una cláusula expresa en este sentido como la del TLCAN. Por consiguiente, deberá ser decidido caso por caso si la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” constituye una mera formalidad o un requisito sustantivo.

“DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES Y LAS REGULACIONES DEL ESTADO RECEPTOR” INCLUIDA EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL TRATADO

Otra posibilidad es encontrar la formulación “De conformidad con las leyes y las regulaciones del Estado receptor” en la cláusula sobre el ámbito de aplicación de los AII. Algunos ejemplos son los siguientes:

TBI-Francia-México (1998)

Artículo 2. Ámbito de aplicación del Acuerdo

1. Se entiende que las inversiones cubiertas bajo el presente Acuerdo son aquéllas que ya han sido realizadas o pueden ser realizadas después de la entrada en vigor de este Acuerdo, *de conformidad con la legislación de la Parte Contratante* en el territorio o en la zona marítima donde son realizadas las inversiones” (las cursivas me pertenecen).

TBI Colombia-Gran Bretaña/Irlanda

Artículo XIII. Ámbito de aplicación:

1. El presente Acuerdo es aplicable a las inversiones existentes al momento de su entrada en vigor, así como a las inversiones realizadas posteriormente en el territorio de una Parte Contratante, de acuerdo con la legislación de esta última, por inversionistas de la otra Parte Contratante.

Otros ejemplos puntuales se encuentran en el TBI Camboya-Tailandia (1995) y el Acuerdo integral sobre inversiones de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático – ANSA– (2009):

Article 2: scope of application of the present agreement:

The benefits of this Agreement shall apply in cases *where* the investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party *have been admitted in accordance with the laws and regulations*, and where applicable, specifically approved in writing by the competent authorities concerned of the Contracting Party.³³ (Las cursivas me pertenecen)

Y:

For the purpose of this Agreement: “covered investment” means, with respect to a Member State, an investment in its territory of an investor of any other Member State in existence as of the date of entry into force of this Agreement or established, acquired or expanded thereafter, *and has been admitted according to its laws, regulations, and national policies* (...).³⁴ (Las cursivas me pertenecen)

Este tipo de formulación una vez más limita o restringe el criterio para aplicar la protección contenida los AII a las inversiones. El alcance y ámbito de aplicación del AII se limita a las inversiones que han sido admitidas, aceptadas o realizadas de conformidad con las leyes del Estado del anfitrión. La formulación contenida en esta

33. TBI Camboya-Tailandia.

34. AII ANSA, artículo 4.

cláusula está generalmente vinculada a las cláusulas sobre definición y/o admisión de las inversiones, y por lo tanto se interpreta de una manera muy similar en lo referente a las consecuencias de inversiones ilegales.

FORMULACIÓN “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES NACIONALES” EN LA CLÁUSULA SOBRE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

La cláusula para la solución de controversias inversionista-Estado contenida en los AII es una característica común en la mayoría de los AII. Tales cláusulas dan al inversionista la posibilidad de tener acceso directo al arbitraje internacional ya que estas cláusulas normalmente contienen una oferta general hecha por los estados partes del AII, la cual constituye su consentimiento para arbitrar.

Al momento de hacer esta oferta general, los estados pueden delimitar su consentimiento al arbitraje estableciendo algunas condiciones las cuales deberán ser satisfechas por el inversionista para tener acceso al arbitraje internacional. Un ejemplo, aunque no muy común, es que los estados requieran el agotamiento de los recursos internos por parte del inversionista o al menos el intento de hacerlo durante un período de tiempo determinado.³⁵ Otra condición es el llamado “cooling off period” o período de enfriamiento, mediante el cual los estados requieren un tiempo de espera entre el surgimiento de la controversia y el inicio del arbitraje, para que el inversionista busque un arreglo amistoso con el Estado receptor antes de recurrir al arbitraje.³⁶

35. Este es el caso del TBI Argentina-Italia (1990) el cual señala lo siguiente:

1. *Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia.*
2. *Si esas consultas no aportaran una solución, la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión.*
3. *Si todavía subsistiera una controversia entre inversores y una Parte Contratante, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el párrafo 2, la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional.*

36. Mucho se ha debatido sobre si el “cooling off period” constituye una cuestión de admisibilidad o un requerimiento ligado al consentimiento de los Estados y por lo tanto de jurisdicción. Las opiniones de los tribunales arbitrales se encuentran divididas. Para mayor detalle, ver *Murphy Exploration and Production Company International c. Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/4, Decisión sobre Jurisdicción, 15 diciembre 2010). El tribunal decidió que no tenía jurisdicción para resolver la controversia debido a que el inversionista cumplió con el requerimiento de tratar de negociar y resolver la diferencia amigablemente por el período de seis meses, tal como lo prevé el TBI Ecuador-Estados Unidos. También, *Limited Liability Company AMTO c. Ucrania*. Casos en contrario: *Ethyl Corporation c. Canadá*. En *Abaclat y otros c. Argentina*, (formalmente conocida como *Beccara y otros c. Argentina*, Caso CIADI NO. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, de 4 agosto 2011) la

Los estados también pueden excluir ciertas categorías de controversias del arbitraje, o limitar el arbitraje a ciertas violaciones (p.e. solamente en casos de expropiación). En este orden de ideas, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” contenida en la cláusula sobre solución de controversias sería claramente una condición al consentimiento de los estados. Sin embargo, este tipo de cláusulas no es muy frecuente. No obstante, algunos AII contienen una cláusula sobre solución de controversias que de alguna manera hace referencia a las cláusulas sobre definición de inversión, admisión de las inversiones y/o alcance de tratado, los cuales si contienen esta formulación y por lo tanto, realzan la importancia sobre la legalidad de las inversiones.

FORMULACIÓN “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES NACIONALES” CONTENIDA EN EL PREÁMBULO DEL TRATADO

Finalmente, cabe mencionar que algunos AII hacen una referencia específica a la necesidad de acatar las leyes y regulaciones de los estados partes. El TBI Australia-Egipto, por ejemplo, establece que las “inversiones de los inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte deben ser realizadas dentro del marco jurídico de esa otra Parte”.³⁷

Pese a que los preámbulos no crean derechos ni obligaciones, estos sirven para la interpretación de los tratados.³⁸ El preámbulo forma parte del contexto de los AII para fines interpretativos. En este sentido, el preámbulo, junto con las demás cláusulas contentivas de este tipo de formulación puede ser muy útil para determinar y recalcar el auténtico objetivo de las partes al concluir AII e instaurar un equilibrio entre las intenciones de las partes de promover y proteger las inversiones extranjeras y el de exigir que se encuentren en cumplimiento de las leyes nacionales del país receptor de la inversión.

mayoría del tribunal consideró que tenía jurisdicción para resolver la controversia pese a que los inversionistas no cumplieron con el artículo 8 del TBI, el cual requería que por 18 meses los inversionistas intenten resolver su controversia en las cortes locales. El tribunal opinó que la falta de cumplimiento de este requisito no afectaba el consentimiento del Estado.

37. También: TBI Corea-Trinidad y Tobago (2002).

38. Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, p. 124.

ALCANCE Y LIMITACIONES DE LA FORMULACIÓN “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES NACIONALES”

Una vez analizada la formulación “de conformidad con las leyes nacionales”, contenida principalmente en la definición de inversión, en la cláusula de admisión y establecimiento de las inversiones o en la cláusula sobre el ámbito de aplicación del tratado, esta segunda parte tratará sobre el alcance y las limitaciones de este tipo de formulación.

INVERSIONES —ESTABLECIDAS DE CONFORMIDAD CON LA LEY— QUE SE TORNAN ILEGALES POSTERIORMENTE: ¿PIERDEN LA PROTECCIÓN DE LOS AII?

Surge la duda sobre si la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” puede ser interpretada de diferente manera según su localización dentro del tratado. Como ya se analizó anteriormente, esta formulación confinada al el establecimiento y admisión de las inversiones, está exclusivamente limitada al momento de la entrada de la inversión. No obstante, la formulación contenida en la cláusula sobre el ámbito de aplicación del tratado, en la definición de inversiones o incluso en la cláusula sobre resolución de controversias podría ser extensivamente interpretada en el sentido de que el tratado no será aplicable a aquellas inversiones que cesen de ser legales a cualquier momento de su existencia pese a haber sido establecidas legalmente en un inicio.

Pese a que la interpretación dependerá siempre de la formulación exacta del tratado, la práctica arbitral ha considerado que “de conformidad con las leyes nacionales” únicamente se refiere a la etapa de admisión y establecimiento de la inversión y, por lo tanto, la posterior inconformidad de la inversión con las leyes nacionales del país receptor no impide que las inversiones se beneficien de la protección del tratado.

Por ejemplo, en *Salini Costruttori SpA y Italstrade SpA c. Marruecos*, el TBI Italia-Marruecos contenía la formulación “de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor” en la definición de inversión. El tribunal restringió su análisis a la determinación de si al momento en que el inversionista ganó la oferta pública y

se le adjudicó el contrato, todas las acciones se realizaron conforme a las leyes de Marruecos.³⁹

En *Fraport c. Filipinas*, el TBI aplicable contenía la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” en la definición de inversión, en el ámbito de aplicación del tratado y en la cláusula sobre admisión. El tribunal arbitral consideró que el requisito “de conformidad con las leyes” era temporal y estaba limitado al momento de la iniciación de la inversión. Además, el tribunal recalcó que el funcionamiento eficaz del régimen de AII parecería exigir que, para el cumplimiento de requisitos jurisdiccionales, esta formulación deba estar limitada a la iniciación de la inversión. Finalmente, el tribunal señaló que interpretaciones diferentes parecerían ser una construcción forzada de las disposiciones pertinentes en el contexto de todo el tratado.⁴⁰

En *Toto Construzioni Generali SpA c. Líbano*, aunque el asunto principal no versaba sobre la legalidad de las inversiones, el tribunal observó que efectivamente se cumplían con los requisitos para una “inversión” tal como se establecía en el tratado ya que el inversionista italiano había establecido su inversión de conformidad con la legislación libanesa.⁴¹

La razón detrás de estos razonamientos es que el objetivo principal de los AII consiste en la protección de la inversión extranjera y en la posibilidad de que los inversionistas tengan acceso directo a un foro independiente y neutral para la resolución de controversias que surjan en torno a su inversión con el Estado receptor. En este sentido, los Estados al celebrar AII, no pueden buscar que la referencia a sus leyes nacionales frustre el objeto y el fin del tratado, dejando a discreción y capricho del Estado anfitrión decidir qué inversiones son ilegales y por lo tanto no están cubiertas por el AII y por su mecanismo de solución de controversias.⁴² Además, esto daría la posibilidad al Estado anfitrión de retirar unilateralmente sus compromisos asumidos bajo el AII mediante la imposición de requisitos excesivos a la inversión, volviéndola ilegal.

ILEGALIDAD DE LAS INVERSIONES: ¿UNA CUESTIÓN DE JURISDICCIÓN O DE FONDO DE LA CONTROVERSIA?

El objetivo de esta sección es examinar si el incumplimiento de la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” contenida en los AII debe ser tratada como una

39. *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A c. Marruecos*, p. 46.

40. *Fraport c. Filipinas* pp. 344-345.

41. *Toto Construzioni Generali SpA c. Líbano*, Decisión sobre Jurisdicción, 11 septiembre 2009, p. 65.

42. *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivia* p. 153.

objeción jurisdiccional por parte del Estado anfitrión o debe ser analizada en el fondo de la controversia.

La formulación “de conformidad con las leyes nacionales” contenida en la definición de la inversión puede ser interpretada como un requisito adicional impuesto por los estados a las inversiones extranjeras. Esta formulación limita el alcance de protección de la inversión y asegura que inversiones realizadas ilegalmente no estén cubiertas por el tratado. Así, por medio de esta cláusula, los estados establecen que aquellas “categorías de activos” que deben ser consideradas como “inversiones” son aquellas realizadas “de acuerdo con las leyes y las regulaciones” del Estado receptor. Por consiguiente, la inobservancia de las leyes y regulaciones nacionales al momento de la entrada o establecimiento de la inversión constituirá un obstáculo jurisdiccional.

Lo mismo sucede con la formulación contenida en la cláusula sobre admisión de las inversiones. Solamente aquellas transacciones que cumplen con el proceso de admisión son inversiones de conformidad con las leyes y regulaciones nacionales. Si esta condición no es satisfecha, el tribunal arbitral será incompetente en razón de la materia (falta de jurisdicción *ratione materiae*). Esto se vuelve mucho más evidente en el caso de proyectos de inversiones que requieren una aprobación específica por el Estado receptor o cuando el Estado limita los sectores en los cuales los extranjeros pueden invertir. En estos casos, únicamente los proyectos aprobados o las inversiones realizadas en sectores permitidos constituyen inversiones protegidas por el tratado.

No ha sido extraño que los estados, al ser demandados, interpongan objeciones jurisdiccionales *ratione materiae* alegando que la inversión no se encontraba de conformidad con sus leyes y regulaciones. Los tribunales arbitrales han considerado que basta con que la inversión haya sido establecida de conformidad con las leyes del Estado anfitrión para que el requisito contemplado en el tratado esté satisfecho.⁴³ Por ejemplo, en *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd c. Myanmar* el tribunal rechazó su jurisdicción sobre una controversia en la cual el inversionista no había cumplido con el requisito del artículo II (3) del Acuerdo de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (1987). Este artículo permitía al Estado insistir en medidas para la aprobación de las inversiones realizadas antes de la entrada en vigor del tratado. El tribunal observó que la frase del artículo II (3) requería un acto subsecuente y expreso, tal como una aprobación escrita y el eventual registro de la inversión para que esta sea protegida por el tratado.⁴⁴

43. Por ejemplo, *Toto Costruzioni Generali SpA c. Libano*, p. 65.

44. *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd c. Myanmar*, Tribunal Arbitral, ANSA, caso No ARB/01/1, Laudo 31 marzo 2003 42 ILM 540 (2003), disponible en (último ingreso junio 2012) [<http://www.asil.org/ilib0608.cfm#j1>].

En *Empresas Lucchetti c. Perú*, el Estado objetó la jurisdicción del tribunal alegando que los demandantes habían violado numerosas leyes y las regulaciones del Perú y, por lo tanto, la empresa no era una inversión protegida de acuerdo con el significado del artículo 1 del TBI aplicable ya que este únicamente cubría las inversiones hechas de acuerdo con las leyes y las regulaciones del Estado receptor. Lamentablemente, el tribunal no entró en el análisis de esta objeción jurisdiccional ya que se declaró incompetente por falta de jurisdicción *ratione temporis*.⁴⁵

En *Fraport c. Filipinas* el tribunal trató la cuestión sobre si la ilegalidad de la inversión debe ser tratada en la etapa jurisdiccional o en el fondo de la controversia. El tribunal arbitral consideró que cuando la entrada de las inversiones es ilegal o hecha de mala fe, entonces, no existe jurisdicción. Además, el tribunal señaló que una inversión fraudulenta no forma parte de la definición de inversión cubierta por el tratado y por lo tanto no se beneficia de la protección substantiva de este.⁴⁶ Pero, por otra parte, si en el momento de la *iniciación* de la inversión el inversionista acató la ley del Estado receptor, cualquier argumentación hecha por este último respecto a presuntas violaciones de su ley durante la existencia de la inversión puede ser un argumento utilizado en el análisis del fondo de la controversia, pero no puede privar al tribunal –quien actúa bajo la autoridad del TBI– de su jurisdicción.⁴⁷

En *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia* el Estado demandado sostuvo que el tribunal carecía de jurisdicción *ratione materiae* porque los contratos concluidos entre el inversionista y dos empresas estatales eran nulos ya que estas últimas no tenían las respectivas autorizaciones y según el artículo 12 del TBI en cuestión las inversiones debían ser consistentes con las leyes del Estado receptor. El tribunal, en efecto, recalcó que las leyes nacionales eran relevantes, como un hecho, para determinar si las inversiones del demandante estaban o no cubiertas en los términos señalados por el TBI.⁴⁸ En el presente caso, no fue el inversionista quien había actuado de manera ilegal. Al contrario, fueron las empresas estatales quienes desobedecieron la ley de Georgia.⁴⁹ Por lo tanto, en aplicación del principio de *Estoppel*, el Estado estaba prohibido de objetar la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal sobre la base del artículo 12 del TBI ni podía este artículo ser invocado por el Estado para excluir las inversiones del demandante de la protección del tratado.⁵⁰

45. *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A. c. Perú*, Laudo, 7 febrero 2005 (también conocido como *Industria Nacional de Alimentos, A.S. e Indalsa Perú S.A. c. Perú*).

46. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas* pp. 344-345.

47. *Ibid.*, p. 345.

48. *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Decisión sobre Jurisdicción, 6 julio 2007, p. 146.

49. *Ibid.*, pp. 179-183.

50. *Ibid.*, pp. 190-192.

En *Desert Line Projects LLC c. Yemen*⁵¹ el Estado demandado sostuvo que la inversión del demandante no fue aceptada por el Estado receptor como una inversión realizada de conformidad con las leyes y regulaciones, y para lo cual un certificado es emitido, tal como lo requiere el artículo 1 (1) del TBI Yemen-Omán. El tribunal encontró su jurisdicción basada en el hecho de que la inversión había sido aceptada y dada la bienvenida por el Jefe de Estado de buena fe.⁵²

En *Phoenix c. República Checa*, el tribunal enfatizó que los requisitos jurisdiccionales no pueden ser leídos e interpretados de forma aislada del derecho internacional público. Dentro de este contexto, la protección otorgada por los AII debe ser únicamente concedida a las inversiones que satisfacen ciertos criterios, tomando en cuenta el propósito de la protección internacional de las inversiones. El razonamiento del tribunal parecería favorecer la existencia de un grupo de requisitos (estrictos) que deben ser satisfechos para que un tribunal CIADI tenga jurisdicción *ratione materiae*. De acuerdo con el tribunal, uno de estos requisitos es que los activos sean invertidos de conformidad con las leyes del Estado receptor. La observancia de las leyes es vista por el tribunal arbitral como una obligación implícita por parte del inversionista y un requisito para la competencia y jurisdicción del tribunal. Además, el tribunal observó que es a nivel jurisdiccional donde el demandante tiene la carga para probar la existencia de una inversión protegida y únicamente si la cuestión no puede ser resuelta en esta etapa entonces debe ser tratada en el fondo de la diferencia.⁵³

En un caso más reciente, *Ross Anderson et al c. Costa Rica*, el tribunal tuvo que analizar si los depósitos de los demandantes las consecuentes relaciones jurídicas con los hermanos Villalobos constituían “activos” de acuerdo con los términos del TBI Canadá-Costa Rica, y en caso afirmativo, si los demandantes poseían o controlaban los referidos activos “de acuerdo con las leyes” de Costa Rica. En opinión del tribunal el hecho de que los Estados contratantes en el TBI Canadá-Costa Rica incluyeron específicamente una disposición con tal formulación era una indicación clara de la importancia que las partes contratantes dieron a la legalidad de las inversiones hechas por los inversionistas extranjeros y también una muestra clara de la intención de ambas partes de que sus leyes relativas a las inversiones sean obedecidas estrictamente por los inversionistas.⁵⁴

En este caso, al buscar y aceptar activamente depósitos de los demandantes y de muchas otras personas, los hermanos Villalobos participaron en la intermediación fi-

51. *Desert Line Projects LLC c. Yemen*, Laudo 6 febrero 2008.

52. *Ibid.*, p. 119.

53. *Phoenix Action, Ltd c. República Checa*, Laudo, 15 abril 2009, pp. 61, 78, 101 y 114.

54. *Ross Anderson et al c. Costa Rica*, p. 53.

nanciera sin la autorización correspondiente del Banco Central o de cualquier otra entidad gubernamental tal como lo requería la ley.⁵⁵ Por consiguiente, las transacciones mediante las cuales los Villalobos adquirieron los depósitos de los demandantes eran ilegales así como también lo eran las transacciones por las cuales cada demandante obtuvo o adquirió el activo resultante de esas transacciones (es decir, los intereses pagados). Por lo tanto los demandantes no poseían una inversión de acuerdo con las leyes de Costa Rica según lo definido en el artículo I del TBI respectivo. El tribunal se declaró por consiguiente sin jurisdicción *ratione materiae* para resolver la controversia que le fue sometida.⁵⁶

En *Gruslin c. Malasia*, el tribunal arbitral observó que la inversión del Sr. Gruslin no cumplió con los requisitos dispuestos en el IGA, los cuales requerían que los inversionistas obtengan aprobación de sus proyectos. Por lo tanto, el tribunal consideró que no había consentimiento por parte del Estado para los propósitos del IGA y, por consiguiente, la controversia no entraba en la jurisdicción del tribunal. Además, el tribunal arbitral, durante su análisis, observó que la inversión de KLSE no satisfizo la definición de inversión contenida en el artículo 1 (3) del IGA y por esa razón no era una inversión protegida en los términos del IGA.⁵⁷ En este caso, el tribunal decidió lo explicado como una cuestión *ratione voluntatis* y no *ratione materiae*.

Un razonamiento similar fue adoptado en *Inceysa c. El Salvador* en donde el tribunal arbitral también decidió que la ilegalidad de la inversión es una cuestión *ratione voluntatis*. En este caso, el inversionista procuró un contrato de concesión para la instalación de servicios de inspección vehicular en la carretera en El Salvador mediante fraude al someter información falsa e incorrecta en el proceso oferta pública. Después de analizar la formulación “de conformidad con las leyes del Estado receptor” contenida en la definición de inversión y en la cláusula sobre admisión de las inversiones, el tribunal arbitral consideró que el consentimiento concedido por el Reino España y El Salvador bajo el TBI estaba limitado a las inversiones realizadas de acuerdo con las leyes del Estado receptor. Por lo tanto, las controversias que se presenten con una inversión ilegal, como por ejemplo la realizada mediante fraude, quedan fuera del consentimiento concedido por las Partes en el TBI y por lo tanto no se benefician de la protección ofrecida por este.⁵⁸

Finalmente, en *Plama c. Bulgaria*, el Estado demandado objetó la jurisdicción del tribunal alegando que el inversionista había obtenido su inversión con engaños y

55. *Ibid.*, p. 54.

56. *Ibid.*, pp. 55-65.

57. *Gruslin c. Malasia*, p. 25.7.

58. *Inceysa Vallisoletana, s.l. c. El Salvador*, p. 207.

en violación a las leyes de Bulgaria, y que por lo tanto, el inversionista no tenía una inversión en los términos del artículo 1(6) del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) ni adquirió su control de conformidad con las leyes locales. En la Decisión sobre Jurisdicción, el tribunal concluyó que las alegaciones formuladas por el demandado no privaban al tribunal de su jurisdicción y decidió examinar estas alegaciones en el fondo de la controversia.⁵⁹

En el fondo del asunto, el tribunal observó que el hecho de no haber informado al Estado el cambio de circunstancias en la composición original del consorcio (de dos grandes compañías con experiencia, las cuales actuaron durante la negociación del contrato a un inversionista individual, actuando como “consorcio”) era un comportamiento contrario a las leyes de Bulgaria y al derecho internacional, y por lo tanto, tenía un impacto en la inversión,⁶⁰ excluyéndola de la aplicación y protección del TCE.⁶¹

Además, el tribunal recalcó que “a diferencia de muchos tratados bilaterales de inversiones, el TCE no contiene una formulación exigiendo la conformidad de las inversiones con una ley en particular. Sin embargo, esto no significa que la protección otorgada por el TCE cubre todos los tipos de inversiones, incluso aquellos que son contrarios con el derecho nacional o internacional”. Consecuentemente, el tribunal arbitral decidió que las protecciones substantivas del TCE no eran aplicables a inversiones realizadas en contra de las leyes locales.⁶²

En definitiva, en los AII que contienen la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” ya sea en la definición de inversión, en la cláusula sobre el alcance del tratado o en la relativa a la admisión de las inversiones, la posibilidad de interponer objeciones jurisdiccionales cuando la inversión no se ha realizado de acuerdo con las leyes del Estado anfitrión está limitada a la etapa de admisión y establecimiento de la inversión. Este razonamiento es sustentado por algunos autores quienes señalan que no hay consentimiento al arbitraje cuando no se cumplen todas las condiciones proporcionadas por el AII.⁶³ Sin embargo, esto no significa que una vez que los tribunales arbitrales hayan establecido su jurisdicción y competencia, no puedan considerar la posterior ilegalidad de una inversión admitida de conformidad con las leyes, durante el análisis del fondo de la diferencia.

59. *Plama c. Bulgaria*, pp. 96-97.

60. De acuerdo con el criterio del tribunal, “la inversión era el resultado de un ocultamiento deliberado y fraudulento, calculado para inducir a las autoridades búlgaras a que autoricen la transferencia de las acciones a una entidad que no tenía la capacidad financiera y de control requerida para reiniciar las operaciones en la Refinería” (p. 135).

61. *Ibid.*, pp. 134-138 y 140.

62. *Ibid.*, p. 139.

63. Por ejemplo, Prof. Brigitte Stern, “Are there new limits on access to international arbitration?” (documento no publicado), Conferencia en Singapur, 2010), pp. 11-12.

Por otra parte, algunos autores consideran que es necesario analizar la cuestión sobre la ilegalidad de la inversión en el fondo de la controversia con la finalidad de poder obtener el correcto equilibrio entre el objetivo del tratado, de promover y proteger las inversiones, y la obligación de los inversionistas de cumplir con las leyes del Estado receptor. Como lo mencionó un árbitro en su opinión disidente, si la conducta ilegal de un inversionista es una cuestión de jurisdicción y la ilegalidad de la conducta Estatal (por ejemplo, la violación de cláusulas del TBI) es una cuestión para el fondo de la controversia, entonces el Estado receptor está puesto en una posición más fuerte.⁶⁴ Además, de acuerdo con este árbitro, los estados podrían abusar de su poder legislativo a su conveniencia para escapar de sus obligaciones adquiridas en los AII, incluyendo el arbitraje internacional ya que el uso erróneo de su propia ley por parte del Estado receptor puede tomar diversas formas procesales, y así afectar la formación del consentimiento para el arbitraje y la jurisdicción del tribunal arbitral. En el contexto de un arbitraje surgido sobre la base de un tratado, la formación y el funcionamiento del compromiso arbitral están gobernados por el principio de buena fe, contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena y siendo uno de los principios fundamentales del procedimiento.⁶⁵

ILEGALIDAD: ¿VIOLACIONES SUBSTANTIVAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ESTADO RECEPTOR O TAMBIÉN VIOLACIONES DE CIERTAS FORMALIDADES?

La inversión extranjera se lleva a cabo dentro de un marco jurídico complejo y sofisticado, en el cual se incluyen ramas del derecho tales como comercial, societario, tributario, contractual, laboral, administrativo, ambiental, derechos humanos. Los inversionistas extranjeros deben estar al tanto de toda la normativa vigente que les sea pertinente, ya sea pidiendo asesoría jurídica o por cualquier otro medio. Esto ha sido remarcado por tribunales arbitrales, quienes además han observado que la falta de transparencia por sí misma no constituye una violación de una obligación internacional por parte del Estado anfitrión⁶⁶ ni una justificación para no cumplir con sus leyes.

64. *Ibid.*, Opinión Disidente de Bernardo Cremades, p. 37.

65. *Ibid.*, p. 29.

66. Por ejemplo, *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. México*, Laudo, 16 diciembre 2002, pp. 125, 132-134. En este caso, el tribunal arbitral estuvo de acuerdo con la Corte Suprema de British Columbia la cual sostuvo en la revisión de la decisión de *Metalclad* que “la sección A del Capítulo 11, la cual establece la obligación de los estados receptores hacia inversionistas extranjeros, no menciona en ninguna parte una obligación de transparencia a favor de aquellos inversionistas” y que por lo tanto la falta de transparencia por sí sola no constituye una violación del Capítulo 11 (*United Mexican States v. Metalclad*, Supreme Court of British Columbia, *Reasons for*

Además, los inversionistas deben estar conscientes de que este marco jurídico está sujeto a cambios, los cuales les puede afectar directa o indirectamente, salvo que el Estado les haya garantizado lo contrario, a través de cláusulas o contratos de estabilidad jurídica o similares. Las reformas en el ordenamiento jurídico y la adopción de nuevas políticas reguladoras se consideran una parte normal de los riesgos políticos de toda inversión.⁶⁷ En este contexto, los tribunales arbitrales han enfatizado que el requisito “de conformidad con las leyes y las regulaciones del Estado receptor” debe ser observado independientemente del conocimiento que el inversionista tenía del ordenamiento jurídico. La ley se presume conocida por todos, y el hecho de que el inversionista la desconociera es irrelevante para determinar si la inversión fue realizada de conformidad con las leyes nacionales.⁶⁸

Únicamente bajo ciertas circunstancias, la falta de claridad y transparencia del ordenamiento jurídico es atribuible al Estado y por consiguiente el inversionista está justificado de su inobservancia. En *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, el tribunal arbitral consideró que “las leyes tributarias fueron reformadas sin permitir ninguna claridad sobre su significado y alcance, y tanto la práctica como las regulaciones adoptadas también han sido inconsistentes con estos cambios”, por lo tanto el Estado receptor violó el trato justo y equitativo exigido por el TBI Ecuador-Estados Unidos.⁶⁹

En conclusión, los inversionistas tienen el deber de observar las normas y regulaciones substantivas del Estado del anfitrión, pese a que puedan ser de alta complejidad o tecnicidad. Esto no significa que el Estado anfitrión puede abusar de su poder legislativo y crear inconsistencias o arbitrariedades, donde las reglas se aplican en un caso y no en otro a discreción del funcionario de turno. Una conducta tal anularía al Estado la posibilidad de argumentar la ilegalidad de la inversión en un arbitraje. Igualmente, en caso de falta de transparencia y coherencia en el marco jurídico nacional por acciones u omisiones estatales.

Por otro lado, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” no debe ser entendida como el deber del inversionista de cumplir con todas y cada una de las normas nacionales para no correr el riesgo de perder la protección otorgada por el AII. Ni tampoco se podría considerar que el incumplimiento de buena fe de normas que constituyen meras formalidades podría privar al inversionista de la protección del

Judgment of the Honorable Mr. Justice Tysoe, 2 mayo 2001, pp. 70-74, disponible en [<http://www.naftalaw.org>] (último ingreso junio 2012).

67. Ver P. Muchlinski, *Multinational Enterprises & the Law*.

68. *Ross Anderson et al c. Costa Rica*, p. 52.

69. *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, LCIA Case No UN 3467, IIC 202 (2004), Laudo 01 julio 2004, p. 184.

AII. De hecho, como lo ha discutido Dolzer sería inverosímil considerar que cualquier infracción de las leyes locales privaría al inversionista de las garantías del AII. Tal razonamiento además contravendría los principios generales del derecho, tal como el recogido en el artículo 27 de la convención de Viena, que señala que el Estado no puede invocar sus leyes nacionales como justificación para incumplir sus obligaciones convencionales.⁷⁰

En un sentido parecido, el tribunal arbitral en *Tokios Tokelés c. Ucrania* indicó que el “excluir una inversión en base de errores de menor importancia sería contrario con el objeto y el propósito del tratado”.⁷¹ Así mismo, en *Fraport c. Filipinas*, el tribunal recalcó que en ciertas circunstancias, la ley en la cuestión del Estado del anfitrión puede no estar enteramente clara y por lo tanto pueden producirse equivocaciones de buena fe.⁷²

CONCLUSIONES

Un número importante de AII contiene “inversiones de conformidad con las leyes nacionales”, o una formulación similar, ya sea en el preámbulo del tratado, en la definición de inversión, en la cláusula sobre admisión o ámbito de aplicación, e incluso en la cláusula sobre solución de controversias inversionista-Estado. En términos generales, la tendencia ha sido considerar que esta formulación, independientemente de su localización en el tratado, hace referencia a la legalidad y a la validez de la inversión en la etapa de su admisión y establecimiento. El rol de esta formulación es exigir que las inversiones sean realizadas de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado receptor para poderse beneficiar de la protección de los tratados internacionales de inversión.

Esta formulación tiene sin embargo ciertas limitaciones. Para empezar, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” se limita a la admisión de la inversión y no a su vida útil. Por lo tanto, una vez que la inversión es admitida de conformidad con las leyes del Estado receptor la protección del tratado se aplica en su totalidad. Por el contrario, si la inversión se establece en violación de las leyes del Estado de acogida, esta puede estar protegida por las normas generales del derecho internacional relativas a la protección de la inversión pero no puede beneficiarse de la protección específica del AII.

70. Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, Kluwer Law International, ICSID 1995. También en *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas* § 304.

71. *Tokios Tokelés c. Ucrania*, pp. 83-86.

72. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, p. 396.

Las inversiones aprobadas también están cubiertas por la protección del tratado, incluso si la aprobación es retirada posteriormente por las autoridades del Estado anfitrión. Las inversiones que no requieren una autorización expresa para ser admitidas en el país anfitrión están cubiertas por el AII siempre que hayan observado las leyes y reglamentos que estaban en vigor en el momento de su admisión y establecimiento.

El cambio del marco legal del Estado anfitrión y la imposición de nuevos requisitos o restricciones a las inversiones extranjeras no las convierte en una inversión no protegida, aunque la nueva ley pueda convertir en ilegal a la inversión. Esto se debe a que los Estados no pueden manipular sus leyes para eludir sus obligaciones adquiridas internacionalmente o para privar a los inversionistas de la protección del tratado.

Generalmente, el cambio en la forma de la inversión tiene que hacerse de acuerdo con las leyes del Estado receptor. La transformación de la forma de la inversión afecta a su naturaleza y por lo tanto su admisión está sujeta a las leyes y reglamentos del Estado anfitrión. Dependiendo del caso, el cambio de forma de la inversión debería cumplir con los mismos requisitos y condiciones que la inversión original cuando fue admitida o aprobada, o con otros nuevos requisitos. Algunos AII establecen explícitamente que cualquier alteración o cambio en la forma en que se invierten los activos no afecta a su naturaleza. En consecuencia, bajo estos AII, la transformación de la inversión realizada en violación de la ley del Estado anfitrión no impediría que la inversión cuente con la protección del tratado.⁷³

En segundo lugar, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” se encuentra limitada a la exigencia de que las inversiones no sean realizadas en violación de normas substantivas del Estado de acogida o de principios fundamentales, por ejemplo inversiones realizadas a través de maniobras fraudulentas, en ocultamiento de información substantiva, violaciones a las normas que regulan directamente la inversión o errores graves. La inobservancia de cuestiones “insignificantes” o de meras formalidades durante la fase de admisión no pueden privar a los inversionistas de la protección del tratado. Igualmente, si la ilegalidad de la inversión es el resultado de la falta de claridad del marco jurídico, atribuible al Estado anfitrión, la inversión se beneficiará de la protección de la AII.

A este respecto, la buena fe de los inversionistas desempeñará un papel fundamental para determinar la legalidad o no de la inversión.

Así mismo, la formulación “de conformidad con las leyes nacionales” no puede interpretarse de manera que conduzca a un resultado absurdo o irracional: el objeto y el propósito de los AII, que es la promoción y protección de inversiones extranjeras y de

73. Este es el caso de la mayoría de TBI celebrados por China.

los inversionistas, no pueden ser desconocidos por la inobservancia de meras formalidades durante la fase de admisión de la inversión. Esta formulación debe interpretarse con un enfoque equilibrado entre la promoción y protección de inversiones y el deber del inversionista de cumplir con el marco jurídico sustantivo durante el proceso de admisión de la inversión.

Tercero, las inversiones que se realicen de manera ilegal durante la fase de admisión constituyen un obstáculo para la competencia y jurisdicción del tribunal arbitral. De hecho, esta formulación puede considerarse como un requisito *ratione materiae* o como una limitación en el consentimiento dado por los Estados (*ratione voluntatis*). Según la redacción específica del tratado, las transacciones, operaciones y activos solo calificarán como inversiones si se realizan en cumplimiento de las leyes del Estado de acogida. Los AII también pueden limitar expresamente el consentimiento del Estado para someter al arbitraje únicamente inversiones legales.

Cuarto, esta formulación puede ser discutida en el fondo de la controversia, en ciertas circunstancias: cuando la ilegalidad de la inversión es posterior a su admisión y establecimiento, cuando un caso es muy complejo y las circunstancias que lo rodean no son suficientemente claras como para tratar la ilegalidad de la inversión en la etapa jurisdiccional. De igual forma, cuando el tratado no contiene este tipo de formulación, la ilegalidad de la inversión puede ser analizada en el fondo de la controversia.

Por último, los AII que no contienen este tipo de formulación igualmente requieren que el inversionista cumpla con la ley del Estado anfitrión durante toda la existencia de la inversión. Esta es una obligación implícita que se ha desarrollado en las últimas décadas con el fin de que los inversionistas, sobre todo multinacionales, se comporten de acuerdo con los estándares de conducta adecuados, y observando los principios fundamentales que generalmente están consagrados en las leyes del Estado receptor. Sin embargo, en estos tratados, el deber de los inversionistas de acatar las leyes nacionales no es un requisito, y por lo tanto queda por saber si la ilegalidad de la inversión podría privar al tribunal arbitral de su jurisdicción.

BIBLIOGRAFÍA

- Baltag, Crina, “Admission of Investments and the ICSID Convention”, en *Transnational Dispute Management*, issn 1875-4120, vol. 6, No. 1, 2009. Disponible en [<http://www.jura.uni-muenster.de/index.cfm?objectid=13B7CD3C-A5AB-CA84-317B5ED46D162E8E&did=8020>].
- Bishop, Doak, James Crawford y Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*; La Haya, Kluwer Law International, 2005.

- Charnovitz Steve, Debra Steger y Peter Van Den Bossche, eds., *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Felician*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005.
- Davis Mortenson, Julian, “The Meaning of “Investment: ICSID’s *Travaux* and the Domain of International Investment Law”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, No. 1, s. 1., 2010. Disponible en [<http://www.harvardilj.org/articles/257-318.pdf>].
- Dimsey, Mariel, *The Resolution of International Investment Disputes, International Commerce and Arbitration*, vol. 1, Portland, Eleven International Publishing, 2008.
- Dolzer, Rudolf, y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Dolzer, Rudolf, y Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, Kluwer Law International, ICSID, 1995.
- Dugan, Christopher, Don Wallace (Jr), Noah Rubins y Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- Freeman, Alwin, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Liège, Longmans, Green and co., 1938.
- Fouret Julien, y Dany Khayat, *Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007)*, Bruselas, Bruylant, 2009.
- Gallagher, Norah, y Shan Wenhua, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Nueva York, Oxford International Arbitration Series, 2009.
- ICSID, *The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2010-1)*. Disponible en [www.worldbank.org/icsid].
- Joubin-Bret, Anna, “Admission and Establishment in the Context of Investment Protection”, en August Reinisch, edit., *Standards of Investment Protection*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2008.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle, edit., *Investment Treaties and Arbitration*, s. 1., ASA Special Series 2002.
- Marboe, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- McLachlan, Campbell, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford, Oxford International Arbitration Series, 2007.
- Muchlinski, Peter, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 2a. ed.
- “Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, No. 3, s.1., 2006. Disponible en [<http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=1533780&jid=ILQ&volumeId=55&issueId=03&aid=1533772>].
- Newcombe, Andrew, y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, Netherlands, Kluwer International Law International, 2009.

- Paulsson, Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Poudret, Jean Francois, Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, s. l., Sweet&Maxwell, 2009.
- Reinisch, August, y Christina Knahr, eds., *International Investment Law in Context*, s.l., Eleven International Publishing, 2008.
- Rogers, Catherine, Alford Roger, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 2a. ed.
- Shany, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 2a. ed.
- Stern Brigitte, "The Contours of the Notion of Protected Investment" (documento inédito), en *Foreign Investment Law Journal*, vol. 24, No. 2, s.l., 2009.
- UNCTAD, *World Investment Report 2009*, Geneva, 2009). Disponible en [www.unctad.org].
- Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2007.

Referencias completas de los laudos arbitrales utilizados en la presente obra

- Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21 October 2005.
- Amco v. Indonesia* Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, 1 ICSID Reports 393, 397.
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.
- Desert Line Projects LLC v Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008.
- Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, February 7, 2005.
- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007.
- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on the application for annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, 23 December 2010.
- Gruslin v. Malaysia*, Award 27 November 2000, 5 ICSID REPORTS 483.
- Inceysa Vallisoletana s.l. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Decision on Jurisdiction, 2 August 2006.

- Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/18, 6 July 2007.
- Lanco Int'l, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/ 6, Preliminary Decision on Jurisdiction, 8 December 1998.*LESI SpA et Astaldi SpA v. Algeria*, Award 12 July 2006.
- MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award 25 May 2004.
- Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, IIC 202 (2004), Award 01 July 2004.
- Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009
- Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008.
- Ross Anderson et al v Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB (AF)/07/3, Award, 19 May 2010.
- Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007.
- Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.
- Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, PCA, Partial Award 17 March 2006.
- Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.
- Toto Construzioni Generali SpA v Republic of Lebanon*, ICSID Case No ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009.
- Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd v Government of the Union of Myanmar*, ASEAN Arbitral Tribunal ASEAN I.D. Case No ARB/01/1, Award 31 March 2003 42 ILM 540 (2003).

Fecha de recepción: 02 de julio de 2012
Fecha de aprobación: 10 de septiembre de 2012

Eddy María de la Guerra Zúñiga, *El régimen tributario ecuatoriano. Una aproximación desde la capacidad contributiva y la suficiencia recaudatoria en la tributación interna*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, 309 pp.

César Montaña Galarza*

La Constitución ecuatoriana de 2008, a través de sus contenidos, unos nuevos, otros añejos y otros ciertamente polémicos, ha logrado inducir a una nueva camada de inquietos investigadores del mundo del Derecho, para aventurarse en la misión de desentrañar la esencia y potenciales alcances e interpretaciones de cláusulas específicas, como aquella que implanta a la “suficiencia recaudatoria” como principio fundamental del ordenamiento tributario nacional.

Con mucha visión Eddy de la Guerra, autora de la obra que ahora reseñamos, ubicó la posibilidad de encaminar un exitoso estudio de posgrado, acerca de la realidad de los tributos nacionales sobre la renta, al valor agregado y a los consumos especiales, con relación a la capacidad de contribuir, todo lo cual se confronta en el libro bajo la cobertura que brindaría el referido *principio de la suficiencia recaudatoria*, que, como bien postula la autora, también podría ser entendido como meta económica del poder público. El período examinado en el estudio es el que corresponde a los años 1999 a 2010.

Debemos destacar que el trabajo ejecutado por la autora sobre un tema tan complejo y novedoso en Ecuador ha resultado productivo no solo por la naturaleza de la materia seleccionada, sino también por la acuciosidad demostrada, más la capacidad para cuestionar y proponer –a veces con posiciones absolutamente originales y, en otras, críticas–, los tópicos involucrados en el plan de la obra. Por lo demás, debido a la orientación de este trabajo fresco, según queda en evidencia a lo largo de sus páginas, ha sido necesaria no solo una aproximación solvente desde la ciencia de los juristas, sino también a partir de la estadística, demanda que gracias a la formación de Eddy de la Guerra Zúñiga ha sido solventada de manera idónea.

El libro que ahora reseñamos, puesto recientemente a escrutinio del público interesado, es pionero en el medio académico y profesional ecuatoriano; exhibe un debate claro y con sentido crítico de los pilares del régimen tributario nacional, discierne también sobre otros temas álgidos por el indiscutible nexo que poseen con las políticas públicas y el sistema económico, por ejemplo, trata sobre la orientación –fiscal o extrafiscal– del ordenamiento tributario a remolque de sucesivas reformas impul-

* Profesor y director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

sadas por los regímenes de turno. Este estudio también engloba en forma solvente otros aspectos determinantes, como el político en torno a la tributación, lo que, dicho sea de paso, no puede entenderse al margen de la casi inabarcable Constitución económica legada por el último proceso constituyente llevado a cabo en el país.

Como debate central de la obra consta la relación tensa existente entre la capacidad de los ciudadanos y de las empresas para contribuir y, las necesidades –casi siempre ilimitadas– del Estado, todo ello de cara a los efectos emanados de las reformas tributarias –de los tributos nacionales arriba referidos– de los últimos años, con especial referencia al novedoso principio de suficiencia recaudatoria, prolegómeno ahora positivado en la norma suprema, y que posee indudable relación con la política fiscal en la proyección de intersecciones notorias entre presupuesto y gasto público o entre responsabilidad fiscal y rendición de cuentas, como correctamente lo ha observado de manera general la doctrina más autorizada.

También este estudio evalúa en perspectiva evolutiva histórica, particularmente la regulación de los impuestos nacionales más importantes del país (renta, IVA, ICE), de gran significación en términos recaudatorios para el presupuesto central, herramienta esta última imprescindible de las finanzas públicas, útil como motor impulsor de un Estado –como algún autor ha caracterizado refiriéndose a otras geografías– de “procura asistencial”, una organización estatal prestacional, claramente influenciada por el afán de solidaridad y redistribución –al menos así lo contempla actualmente la norma fundamental–, en orden a materializar el denominado *sumak kawsay* o buen vivir.

La obra objeto de esta recensión está contenida en tres capítulos. El primero trata sobre algunos aspectos relevantes del régimen tributario ecuatoriano, fundamentos y, evolución; el segundo incorpora un estudio doctrinario sobre los principios de suficiencia recaudatoria y de capacidad contributiva, todo ello relacionado con la clarificación sobre lo que debe entenderse por “presión fiscal”. El tercer y último capítulo aterrizza en la experiencia ecuatoriana, así versa sobre la incidencia de las reformas tributarias en la suficiencia recaudatoria y capacidad contributiva, en el ordenamiento jurídico tributario nacional, a partir del año 1999. Este trabajo culmina con sesudas conclusiones y recomendaciones enfocadas a lograr la construcción de un verdadero “sistema tributario”, como sustitución de un “régimen tributario” puro, no armónico y complejo. A la sazón, destacamos una de las conclusiones vertidas por la autora, que expresa lo siguiente:

El sistema tributario ideal, se erige como tal no solo por la existencia de un conjunto ordenado de tributos, vinculados entre sí, con finalidades conexas; lo es además, por la presencia de un poder tributario racional que cree, extinga o modifique tributos en base a la verdadera necesidad tributaria y respetando los límites constitucionales; una administración tributaria fuerte, equitativa y justa; así como, un poder judicial que garantice la

igualdad de trato entre sujeto activo y sujeto pasivo. *La mera existencia de un grupo de tributos en un tiempo y espacio determinado no implica necesariamente la existencia de un sistema tributario; se requiere un grupo de tributos pericialmente administrados en un ambiente tributario neutral* (las cursivas nos pertenecen).

Todos estos elementos que acabamos de esgrimir dan sustento para asegurar que nos encontramos ante una investigación que se construye con elementos teóricos y prácticos pertinentes, de última data, y que además tiene sustento en el examen pormenorizado realizado a un conjunto amplio de cambios en la legislación tributaria, inclusive vinculando el régimen estatal a específicas disposiciones del ordenamiento jurídico que emana de la Comunidad Andina, organización supranacional que a través de las competencias a ella atribuidas para el ejercicio, de parte de los estados miembros, entre otras cosas, se constituye como fuente externa de Derecho, ordenamiento este último que en buena parte condiciona la producción jurídica interna o estatal sobre la materia, que tradicionalmente ha sido de responsabilidad de la rama legislativa del poder público. La indagación jurídica realizada con este libro cierra con un conjunto de conclusiones y de recomendaciones trascendentes que ya deseáramos sean tomadas en consideración por los responsables del diseño del Plan Nacional de Desarrollo –genuina “guinda del pastel” del *constitucionalismo a la ecuatoriana*–, así como de las políticas públicas.

Acertamos sin duda, si decimos que este original estudio encarna no solo una visión proyectada desde el derecho tributario, sino además desde el derecho financiero y el derecho económico, de allí que consideramos necesario que los estudiosos de esas disciplinas lo lean, porque de seguro los invitará, por una parte, a categorizar nuevamente varios elementos del régimen jurídico impositivo ecuatoriano y, por otra, a relacionarlos con los vastos regímenes social y económico.

Para terminar, creemos firmemente que la autora de la obra reseñada ha hecho una contribución de importante calado a la academia ecuatoriana, que lamentablemente en una parte nada despreciable ha estado anquilosada en reflexiones tradicionales, parciales, localistas, repetitivas y ayunas de rigor científico.

Antonio José Pérez,
coord., *Viabilidad de las
garantías jurisdiccionales*, Quito, Corporación
de Estudios y Publica-
ciones, 2012.

Libia Rivas Ordóñez*

Esta obra jurídica contiene artículos de destacados juristas como son: Julio César Trujillo, Juan Pablo Aguilar, Xavier Cazar, Agustín Grijalva, Marco Morales, Antonio José Pérez, Efraín Pérez, Carlos Salmon, Jaime Rodríguez-Arana y Jorge Buján, profesionales del derecho con una larga trayectoria tanto en la función pública como privada, así como también en el ejercicio de la cátedra universitaria y la investigación de las diversas áreas de las ciencias jurídicas, en especial del derecho constitucional y del derecho administrativo; quienes, a lo largo de

más de trescientas páginas, citan los antecedentes históricos, analizan la evolución normativa nacional desde las primeras constituciones ecuatorianas hasta la actual y el derecho comparado; la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales y extranjeros; y la doctrina, como herramientas indispensables para explicar la naturaleza, fines y procedimiento de cada una de las garantías jurisdiccionales de nuestra Constitución de 2008.

A manera de una introducción general, Julio César Trujillo relata los antecedentes históricos de las garantías constitucionales. A fines del siglo XVIII, Europa y América vivieron dos revoluciones, que, aunque difieren entre sí, coinciden en la incorporación de los derechos humanos al mundo jurídico. El instrumento en que los derechos debían ser reconocidos era la Constitución, como fue en el caso de Estados Unidos de América, Constitución compuesta de dos partes: la orgánica y las diez primeras enmiendas, que reconocen derechos que el Estado garantiza a sus habitantes en el *Bill of Rights* o parte dogmática. Claro está, el titular de estos derechos era el ser humano, sin embargo, no estaba claro el órgano competente para hacerlos respetar en el caso que fueran violados. Esta cuestión fue resuelta en la famosa sentencia del Juez Marshall de 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*, donde se formuló la siguiente pregunta: ¿si tiene derecho y ese derecho le ha sido negado, las leyes de su país le ofrecen remedio? Con la respuesta a esta pregunta, el autor aborda el estudio de las garantías en el sistema americano, “toda violación de un derecho debe tener en el sistema jurídico mecanismos para hacer respetar el derecho violado” y a quien compete resolver, no puede ser otra, que a la rama judicial. Esto sirve de prelude del siguiente análisis, el del régimen vigente en Europa continental hasta finales del siglo XVIII, la relación entre derechos y garantías en el estado legal de derecho, donde

* Secretaria general de la Asamblea Nacional.

la ley era la expresión de la voluntad soberana del pueblo y medio a través del cual se garantizaban derechos, y donde el Parlamento, representante del soberano, era el responsable de tutelar los derechos de las personas. Con el devenir del tiempo, eventos históricos de trascendencia en países como Francia, Italia y Alemania determinaron la incorporación en las constituciones de una lista de derechos que el Estado debía respetar y hacer respetar y la creación de tribunales constitucionales encargados de la tutela de los derechos, lo que da paso finalmente al Estado Constitucional, que también es analizado desde la óptica Latinoamericana. Para finalizar, profundiza en la definición contenida en el art. 1 de nuestra Constitución, que reconoce al Estado ecuatoriano como un “Estado Constitucional de derechos y justicia”.

En similar sentido, Efraín Pérez parte de una introducción histórica, donde destaca como antecedentes de las medidas cautelares a las denominadas “órdenes del pretor” en el derecho romano, para luego continuar con el estudio de las mismas en el derecho procesal civil, derecho laboral, derecho de familia, y en el derecho comparado. A manera de una teoría general de las medidas cautelares, destaca como sus características: el daño y el peligro; ser autónoma o instrumental; la posibilidad de modificarse o reformarse en cualquier momento; ser “inaudita altera parte” es decir, que el juez puede adoptar la medida cautelar sin convocatoria a la otra parte; y, el establecimiento de una fianza por posibles perjuicios. Y como requisitos para su concesión: el *fumus boni juris*, la apariencia de buen derecho; y el *periculum in mora*, el peligro en la mora. Tanto estos, como sus características son desarrollados en profundidad. Así mismo, en el ámbito del derecho constitucional, compara la acción de amparo de la Constitución de 1998 –de naturaleza eminentemente cautelar, pues no resolvía el asunto de fondo– con lo que el art. 87 de nuestra Constitución de 2008 establece como objeto de las medidas cautelares: “evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”, mencionando además otras áreas del derecho que reconocen estas garantías, como en materia penal, art. 77 de la Constitución y en temas ambientales, art. 397, de la misma Norma Suprema. De igual forma: su finalidad, los casos en los que proceden y no proceden, la posibilidad de solicitarlas conjuntamente con otras acciones, la obligación de remitir un informe sumario a la Corte Constitucional para su eventual selección y revisión, los requisitos que debe contener la demanda y su procedimiento de trámite, son aspectos también desarrollados por el autor, tomando como sustento normativo la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Por su parte, Antonio José Pérez, analiza la acción de protección como uno de los mecanismos para precautelar los derechos constitucionales del ciudadano, y la diferencia de la acción de amparo reconocida por la Constitución de 1998, que se limitaba a suspender los efectos del daño causado o del eventual daño, debiendo

resolverse el asunto de fondo en vía ordinaria. Señala además que la actual acción de protección permite la reparación integral del daño material o inmaterial causado, citando para el efecto algunos ejemplos, a lo que agrega la responsabilidad administrativa, civil o penal del funcionario causante del acto lesivo. Esta acción de protección la vincula con el derecho administrativo, al señalar que los actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial respecto de los cuales se interpone esta acción, se manifiestan principalmente en actos y hechos administrativos, simples actos de la administración o en omisiones administrativas. En cuanto a las resoluciones administrativas identifica tres vías de reclamo: en sede administrativa, en vía contencioso administrativa (judicial) y en vía constitucional, estableciendo en este último caso, como presupuestos obligatorios para todo acto de poder público no judicial, los derechos constitucionales al debido proceso y a la motivación. Finalmente determina, si procede la interposición de la acción de protección y la acción de inconstitucionalidad en contra de políticas públicas, cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.

A continuación, Xavier Cazar, recurre a la historia para citar algunos de los antecedentes del *habeas corpus*, como el primer documento jurídico que proscribe la detención ilegal y arbitraria, denominado “La Carta Magna”, del Rey Juan I, del 15 de junio de 1215, así como también, el denominado “proceso manifestación” que se utilizaba en las Cortes de Aragón-España, entre otros. En el Ecuador, la Constitución de 1929 ya garantizaba el derecho a la libertad a través de la acción de *habeas corpus*, cuyo procedimiento ha sufrido cambios a lo largo del tiempo, en especial, con relación a las autoridades competentes para tramitarlo. Así, la Ley de Derecho de Hábeas Corpus de 1933, establecía que debía interponerse ante autoridades seccionales, mientras que en el año 1945 se determinó como autoridad competente al Alcalde. Es con la expedición de la Constitución de 2008, que el *habeas corpus* deja de ser un recurso y se convierte en una acción que se debe tramitar ante la Función Judicial. Para ejemplificar la vulneración del derecho a la libertad, cita el caso denominado Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, que tiene relación con la detención de dos personas en el año 1997, que, por denuncias de ilegal y arbitraria detención y violación de otros derechos constitucionales, y ante la negativa de otorgarles la libertad mediante *habeas corpus*, fue llevado ante la Comisión y luego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que culminó con la sanción al Ecuador por violación de los derechos fundamentales, precisando los argumentos que sirvieron de sustento para establecer la violación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Finalmente, señala las características del *habeas corpus*, los derechos que protege y el procedimiento que se debe observar para su trámite, de conformidad con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

De otro lado, Carlos Salmon Alvear plantea la acción de acceso a la información pública desde la óptica jurisprudencial, como una derivación del derecho fundamental de petición, que tiene como materia el acceso a la información de carácter o interés público y que por tanto está sometida al principio de publicidad. Cabe señalar que no toda información que consta en una institución pública tiene ese carácter. En consecuencia, la institución demandada debe entregar la información pública que posea o esté en sus registros, y, por tanto, no está obligada a producir o crear información que no deba hacerlo o que no deba poseerla en ese momento. No procederá esta acción si la información requerida no existe física o materialmente, ni tampoco cuando ha dejado de existir jurídicamente, en virtud de haberse anulado o revocado. La información solicitada puede ser requerida sin importar la clase o naturaleza del formato bajo la cual se encuentra registrada y para que proceda la acción, es requisito esencial que haya existido previamente un requerimiento o petición extrajudicial a la institución que tiene la información pública y que esta no lo haya atendido, rechazándolo expresa o tácitamente, o entregando información incompleta o no fidedigna o desatendiendo la petición aduciendo que la información tiene carácter de secreta, sensible, estratégica, reservada o confidencial. Solo en los supuestos establecidos en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública puede ser rechazada la acción de acceso a la información y puede ser planteada por cualquier persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva y no exclusivamente por ecuatorianos. Adicionalmente, enumera los requisitos que debe contener la demanda, así como también las únicas excepciones consideradas como válidas: como alegar que la información es reservada, que constituye información confidencial de carácter personal, o que es información de carácter estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas. Señala, además, las obligaciones del juez que tramita la acción y del requerido de la información.

Respecto de la posibilidad de interponer medidas cautelares, para evitar el riesgo de ocultación, desaparición o destrucción de la información requerida, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública menciona principalmente cuatro tipos: la colocación de sellos de seguridad, la aprehensión de la información, la verificación de la información y la reproducción de la información. Concluye, con la interposición del recurso de apelación, las sanciones a los funcionarios públicos que no entregan la información y el rol de la Defensoría del Pueblo, respecto de la protección y garantía del derecho de acceso a la información pública.

En la misma línea, Marco Morales cita algunos antecedentes normativos históricos del hábeas data, entre estos: la Asamblea de la ONU de 1948, en la que por primera vez se hizo alusión a la importancia de resguardar datos personales; la Ley de Privacidad de Datos de los Estados Unidos de Norteamérica de 1974; la Carta Primera de Portugal; la Constitución de España de 1978; la Constitución de Brasil

de 1988, que fue la primera que denominó hábeas data a este instituto jurídico; la Constitución de Colombia de 1991; la Constitución Paraguaya de 1992, hasta llegar al año 1996, donde se reconoce al hábeas data en nuestra norma constitucional. De otro lado, analiza su naturaleza jurídica, su concepto y su objeto, para ello se vale de autores como Víctor Bazán, Humberto Nogueira Alcalá, Pierina, entre otros. Afirma que la acción de hábeas data protege los datos de la persona concebidos en forma individual y sus bienes, y menciona como derechos específicos que esta garantía tutela: el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la inviolabilidad y secreto de la correspondencia, y la dignidad de las personas. Clasifica al hábeas data en: propio e impropio y subclasifica al primero en: informativo y exclutorio. Respecto del procedimiento a seguir para su trámite, enumera, por un lado, los principios que lo rigen: la juridicidad, el debido proceso, la tutela judicial efectiva, el derecho a la seguridad jurídica; y, por otro, los sujetos procesales: legitimados activos y pasivos. En el caso de la legitimación activa, le corresponde a cualquier persona con un interés directo en los datos, mientras que para la legitimación pasiva, se deben cumplir dos formalidades: primera, almacenar datos, y, segunda, estudiar la forma de almacenamiento de los mismos, para el efecto parte de la definición de bases de datos para luego diferenciarlas en dos clases: bases de datos públicas y bases de datos privadas, cada una con determinadas características de acceso a la información. Finalmente, divide en dos etapas marcadas el proceso de acceso a la información pública: la primera, una etapa administrativa o extrajudicial y la segunda, una etapa jurisdiccional, en la cual se podrán solicitar medidas cautelares que las clasifica en tres tipos: para la conservación de datos que se teme puedan ser destruidos, para que la información no se altere o modifique de forma indebida y para que una información no sea divulgada. Dependiendo del caso, también se podría solicitar la reparación del daño moral.

Por otra parte, Juan Pablo Aguilar establece dos grandes grupos de obligaciones que cuentan con el respaldo de la acción por incumplimiento: primera, las que emanan de norma jurídica sin atención a su jerarquía, y segunda, las que se desprenden de sentencias o informes de los organismos internacionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, precisa que solo procede cuando se desprendan obligaciones de hacer o no hacer que sean claras, expresas y exigibles y en el caso de sentencias o informes, que adicionalmente no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias. En cuanto a la obligación cuyo incumplimiento se reclame, el art. 53 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala que debe ser impuesta a una persona particular determinada o determinable, sin embargo observa el autor, que el propio artículo, cuando se trata de normas del ordenamiento jurídico, reduce indebidamente el alcance de la acción al incumplimiento de las autoridades públicas y de personas naturales o jurídicas cuando actúen o deban actuar

en ejercicio de funciones públicas o presten servicios públicos, ya que existen obligaciones que el ordenamiento jurídico también impone a los particulares y que tienen que ver con derechos constitucionales. Finaliza, con el requisito para que proceda esta acción, esto es el reclamo; las causales de inadmisión de acuerdo con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y el procedimiento que se debe observar para el trámite de la misma.

Para continuar en el análisis, Agustín Grijalva menciona como antecedente normativo de la acción extraordinaria de protección la Constitución de 1998, que en su art. 95 establecía que no eran susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso, a diferencia de la Constitución de 2008, que, en sus arts. 94 y 437, crea un amparo en contra de decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección, que es estrictamente subsidiaria, no constituye una nueva instancia, y que procede, cuando mediante sentencias o autos definitivos se violan derechos constitucionales, como es el caso del debido proceso constitucional, respecto del cual hace especial énfasis, no solo como derecho, sino también como garantía de los demás derechos constitucionales y legales. De otro lado, realiza una distinción entre proceso y procedimiento y la relación y diferencias que existen entre la casación y el control constitucional. En cuanto a la acción como tal, enuncia los requisitos de la demanda de conformidad con los arts. 61 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como también el análisis de admisibilidad que debe realizar la sala de admisión de la Corte Constitucional. Cuestiona la exclusión general de las medidas cautelares respecto de la acción extraordinaria de protección, de conformidad con el art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como también, la contradicción entre la no suspensión de los efectos del auto o sentencia objeto de la acción y la naturaleza de la acción extraordinaria de protección. El Estado como legitimado activo; la procedencia o no de esta acción respecto de sentencias de procesos constitucionales; la acción extraordinaria en casos de aplicación judicial de leyes cuya aplicación viola un derecho constitucional; así como la acción extraordinaria y la justicia indígena, son también algunos de los temas que desarrolla el autor y que sin duda permiten comprender mejor la naturaleza de esta acción.

Un último tema de estudio es el de Jaime Rodríguez-Arana y Jorge Buján sobre la acción popular como un mecanismo de participación democrática en un Estado de Derecho. Para ello parten de la acción popular en España, como una manifestación de la democracia participativa. En el caso del Ecuador, las acciones recogidas en la Constitución suponen la atribución de legitimación activa para que un ciudadano o grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad pueda participar en un proceso sin necesidad de invocar la lesión de un interés propio, sino en defensa de los derechos garantizados en la Constitución. Su ejercicio es eminentemente de carácter

político, porque el pueblo por medio de un ciudadano podrá cuestionar los actos normativos que expiden los gobernantes cuando sean violatorios a los derechos. Esta acción, que está reconocida en el art. 99 de la Constitución, al encontrarse en el Título IV, sección segunda, de la Norma Suprema, denominado Organización Colectiva, lleva a pensar que nos encontramos ante una acción pública para la defensa de los intereses difusos, o bien ante una acción para la defensa de los intereses colectivos. En todo caso lo que sí está claro, es que es una acción constitucional cuyo ejercicio es compatible con el ejercicio de las demás acciones establecidas en la Constitución y la Ley.

En conclusión, *Viabilidad de las garantías jurisdiccionales* es una obra que, sin lugar a dudas, refleja un esfuerzo colectivo por aportar a la investigación y profundización en el conocimiento del derecho constitucional. Su lectura es ampliamente recomendable por constituir una gran fuente de consulta y referencia doctrinaria.

Las razones del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI: análisis y evaluación del caso CMS contra Argentina*

*Catherine Ricaurte Herrera***

RESUMEN

Tras analizar y evaluar la argumentación jurídica efectuada por el Tribunal del CIADI respecto del caso CMS vs. Argentina, se aprecia que tal argumentación descansa sobre la errada concepción de que en el caso no existían aspectos que afecten derechos humanos. En realidad se trataba de un caso difícil, en materia de derechos sociales, que no podía ser resuelto por la simple aplicación de las reglas específicas del sistema (subsunción), como erróneamente lo hizo el Tribunal del CIADI, pues necesariamente debía acudir al procedimiento de la ponderación. Si se acude a la ponderación se podrá constatar que existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una solución incompatible con la del otro: por un lado, la protección del derecho a la seguridad jurídica del inversionista extranjero, que exige un respeto a los derechos pactados contractual y legalmente; y, por otro, el de la protección al derecho a la vivienda, que exige una congelación en las tarifas de servicios básicos esenciales, entre ellos del transporte y distribución del gas. En este caso el segundo prevalece sobre el primero.

PALABRAS CLAVE: Argumentación jurídica, CIADI, TBI, arbitraje internacional, inversión extranjera, estado de necesidad, derechos humanos, principios, ponderación, enfoque de derechos, derechos sociales, privatizaciones.

ABSTRACT

After analyzing and evaluating the legal argumentation made by the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID arbitral tribunal in the case CMS vs. Argentina, it is concluded that the argument expressed in the decision rests upon a misconception that there were not issues that affect human rights. In fact, it was a complex case of social rights, which could not be solved by the

* Una versión preliminar de este artículo fue elaborado en el marco del programa de maestría en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, para el cual la autora contó con una beca otorgada por la Fundación General de la mencionada universidad.

** Profesora de Argumentación Jurídica en la Universidad de los Hemisferios. Exmiembro de la Comisión Técnica Presidencial para la Construcción de la Nueva Arquitectura Financiera Regional.

simple application of specific rules of a system (subsumption) as the ICSID tribunal did. In the case it was necessary the balancing of the rights affected. The article argues that by using the balancing of rights test, it can be found that there are two rights affected. Each of these leads to a solution incompatible with the other: on one hand the protection of the right of legal security of the foreign investor, which requires fulfilling the agreed contractual rights; and second, the protection of the right to housing, which requires a freeze in rates of essential basic services, including transport and distribution of gas. In this case the second one should prevail over the first one.

KEY WORDS: Legal argumentation, ICSID, BITs, international arbitration, foreign investment, state of necessity, human rights, balance of rights test, social rights, privatization.

FORO

PRESENTACIÓN

Desde 2008 he venido investigando las críticas negativas que recibe el mecanismo de arbitraje internacional aplicado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI);¹ tales críticas vienen acompañadas de análisis aislados de los laudos que emite el mencionado Centro.² Sin embargo, nunca se ha analizado la argumentación jurídica de un fallo,³ a través de un método que da cuenta de los elementos formales, materiales y pragmáticos de la resolución, como el método para el análisis de argumentaciones del profesor Manuel Atienza, con lo cual se podría observar los puntos fuertes y débiles de la argumentación del laudo y solo a partir de aquello, elaborar un juicio evaluativo.

Es así que decidí analizar el caso CMS Gas Transmission Company y República de Argentina (en adelante caso CMS *vs.* Argentina). Son dos los problemas que resolvió el Tribunal del CIADI; el primero fue sobre la responsabilidad o no de Argentina: para

-
1. Nace en 1966, con el propósito de establecer un instrumento –el arbitraje internacional– que permita resolver diferencias entre inversionistas privados de un país suscriptor del convenio del CIADI, y el Estado de aquel país en el que esos inversionistas han radicado sus capitales.
 2. Se toman fragmentos de sus fallos o laudos y se los analiza en relación con un concepto que normalmente tienen que ver con las cláusulas de protección a las inversiones insertas en los Tratados Bilaterales de Protección a las Inversiones (trato justo y equitativo, nación más favorecida, *umbrella clause*, entre otras).
 3. Entendida esta como el conjunto de argumentos y de líneas argumentativas que tienen lugar entre el planteamiento del problema y la respuesta o solución argumentativa del mismo.

determinar ello analizó si Argentina violó o no el Tratado Bilateral de Protección a las Inversiones suscrito entre Estados Unidos de Norteamérica y la República de Argentina; y si se configuró o no el estado de necesidad, como eximente de responsabilidad. Y el segundo problema que analizó el Tribunal fue sobre el monto de la indemnización debida a CMS.

Para ello, en la primera parte de este artículo, me ocupo de describir brevemente el sistema de resolución de controversias que utiliza el CIADI, para resolver los problemas puestos a su decisión, ya que si bien este mecanismo es difundido entre los países que dirimen controversias ante el mismo, de seguro resulta muy novedoso en lugares y ámbitos en los que su uso no es muy común, por lo que proveer de una breve descripción acerca del mismo resulta necesario a fin de entenderlo.

En la segunda parte, narro brevemente el contexto en el cual se desencadenó el conflicto a resolverse “la crisis económica en Argentina”, lo cual también es muy necesario, sobre todo para el posterior análisis y evaluación del *estado de necesidad* alegado por Argentina, como eximente de responsabilidad.

El análisis del caso CMS *vs.* Argentina, utilizando el método para análisis de argumentos, desarrollado por Manuel Atienza, está contenido en la tercera parte de este artículo.

Y, en la cuarta parte, me dedico a la evaluación del caso. En primer lugar, detecto, la línea argumentativa más débil del Tribunal y, a propósito de ello, paso a revisar, brevemente, la relación entre el Derecho y la moral y luego las aportaciones de Alí Lozada, respecto al enfoque de derechos en las políticas de desarrollo, debido a que las críticas que dirijo a la argumentación del Tribunal, se soportan en las tesis planteadas por el mencionado autor.

SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL CIADI

CREACIÓN DEL CIADI Y SU VINCULACIÓN CON LOS TBIs

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) fue creado a través de un tratado internacional –el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados–;⁴ este con-

4. Convenio con fecha 18 de marzo de 1966. Entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

venio ofrece como mecanismo, para la resolución de controversias entre inversores y estados, el arbitraje internacional.

El funcionamiento del CIADI⁵ está estrechamente vinculado a los Tratados Bilaterales de Protección a las Inversiones (TBI),⁶ porque estos instrumentos son los que otorgan jurisdicción –a sus tribunales arbitrales–⁷ para resolver las disputas que se susciten entre inversores extranjeros y estados. De tal forma que los TBI, conjuntamente con el Convenio de creación del CIADI, conceden al inversor el privilegio de sustituir el sistema de justicia del Estado donde invierten, por un tribunal foráneo. La importancia de los TBI también se debe a que las normas contenidas en estos son las aplicadas por los tribunales del CIADI para resolver las controversias sometidas a su resolución.

PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS APLICADO POR EL CIADI

El CIADI, para prestar sus servicios de conciliación y arbitraje, en las diferencias surgidas en torno a una inversión entre los estados partes y los nacionales de otros estados partes, cuenta con su convenio constitutivo, que es la norma general y básica y con las reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con el artículo 6.1 (a-c) del convenio que comprenden el Reglamento Administrativo y Financiero y las Reglas Procesales aplicables a la iniciación, conciliación y arbitraje, cuya última enmienda entró en vigor el 10 de abril de 2006.

De acuerdo al art. 25.1 del convenio:

[l]a jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditado por el Centro por dicho Esta-

5. A octubre de 2010, 155 estados han suscrito el Convenio del CIADI y 144 estados han depositado sus instrumentos de ratificación. Ver [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home].

6. Existen más de 2.600 Tratados Bilaterales de Protección a las Inversiones TBI, que ofrecen diversas garantías al inversor extranjero (trato justo y equitativo, tratamiento nacional, prohibición a las expropiaciones, prohibición a tratamientos arbitrarios y discriminatorios, entre otras). Entre los factores que contribuyeron para la expansión de los TBI, está el proceso de privatizaciones que se dio en varios de los países latinoamericanos, a fin de atraer inversiones extranjeras, pues estos tratados dotaban de mayores garantías a las inversiones. Ver [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home].

7. Normalmente, los TBI ofrecen una alternativa al arbitraje del CIADI: el arbitraje *ad hoc*, bajo las reglas de UNCITRAL.

do) y un nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Se desprende de la norma citada, que el consentimiento para someterse al arbitraje del CIADI debe constar por escrito, pero dicha norma no especifica el instrumento en el cual debe estar dicho consentimiento, como consecuencia de ello —el consentimiento— puede constar en uno o varios instrumentos y ser materializado a través de diversas vías: convencional, contractual y legislativa. No obstante, si se observan los casos CIADI, se puede verificar que el consentimiento al arbitraje CIADI está siendo otorgado principalmente vía TBI.⁸

El tribunal se conforma por un número impar de árbitros nombrados por las partes, y si estas no se pusieran de acuerdo, cada parte designa a un árbitro y el tercero es nombrado por el presidente del CIADI. El nombramiento por parte del presidente debe hacérselo de las listas que han sido inscritas por los estados, requisito que no se aplica cuando la designación de árbitros la hacen las partes. Los árbitros designados por el presidente no pueden tener la nacionalidad de las partes.⁹

La controversia de inversión se resuelve en derecho, salvo que las partes convengan que el fallo sea *ex aequo et bono*.¹⁰

En caso de que no exista acuerdo de las partes, el tribunal aplicará el derecho sustantivo del Estado parte en la controversia y “aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”.¹¹ Respecto a las normas de procedimiento, el tribunal debe observar el convenio, salvo acuerdo en contrario de las partes y a falta de norma aplicable el tribunal decide.¹²

El tribunal del CIADI resuelve sobre: a) su propia competencia; b) medios de prueba; c) demandas incidentales, adicionales o de reconvenición que se relacionen directamente con la diferencia; d) medidas provisionales, si las circunstancias lo requieren.¹³

8. En ese sentido, El-Kosheri muestra la evolución sufrida en el seno del CIADI en cuanto las vías posibles de acceso al Centro y, por ende, los modos para determinar la jurisdicción, pues manifiesta que durante las dos primeras décadas de vida del CIADI el modelo de arbitraje era el de una cláusula inserta en un contrato de inversión, pero en lo posterior la aplicación de un TBI es preponderante. Ver: S. El-Kosheri, *ICSID Arbitration and Developing Countries*, ICSID Rev., vol. 8, 1993, pp. 106-107.

9. Artículos 37 al 40 del Convenio CIADI.

10. *Ibid.*, art. 42.3 (de acuerdo a la equidad y a la conciencia de los árbitros o a su leal saber y entender prescindiendo la consideración de la norma jurídica).

11. *Ibid.*, art. 42.1. (en el contexto del arbitraje, se refiere a la facultad de los árbitros a prescindir de la consideración de la ley y observar únicamente lo que entienden como justo y equitativo en el caso que nos ocupa).

12. *Ibid.*, art. 44.

13. *Ibid.*, art. 41.1; 43, 46 y, 47.

A petición de la parte presente, y luego de conceder un período de gracia a la parte ausente, el tribunal puede dictar el laudo que debe ser por escrito, estar motivado y ser adoptado y firmado por mayoría de votos. Los árbitros pueden aclarar su voto o hacer un voto salvado. El laudo solo se publica si las partes lo autorizan.¹⁴

El laudo puede ser completado por parte del tribunal o rectificar los errores materiales, aritméticos o similares, siempre que una de las partes lo solicite y con el mismo valor del original.¹⁵ También existen los recursos de *aclaración* acerca del alcance o sentido del laudo y *revisión* debido al descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir en el laudo.¹⁶ De ser posible, estos recursos se resuelven por el mismo tribunal y, si este lo considera pertinente, puede suspender la ejecución del fallo mientras los recursos se deciden.

También se puede solicitar la *anulación* del laudo en las siguientes circunstancias: a) que el tribunal se hubiera constituido incorrectamente; b) que el tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en su facultades; c) que hubiera habido corrupción de algún miembro del tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de alguna norma de procedimiento; o e) que el laudo no hubiera explicado los motivos en que se funda. La anulación se resuelve por una Comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a la que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la lista de árbitros por cualquiera de aquellos estados y tampoco haber actuado como conciliador en la misma diferencia.¹⁷

Las facultades de la Comisión son las de anulación y no de sustitución del laudo, de tal forma que, si fuere anulado, la controversia —a petición de parte— debe someterse a un nuevo tribunal. Ejecutoriado el laudo es de cumplimiento obligatorio. Los laudos se ejecutan “de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencia, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda...”.¹⁸

Finalmente, cabe anotar que a través del *Mecanismo Complementario*, adoptado por el Consejo Administrativo del CIADI, se autoriza al Secretariado del Centro administrar cierta categoría de procedimientos entre estados y nacionales de otros

14. *Ibid.*, art. 48.

15. *Ibid.*, art. 49.

16. *Ibid.*, art. 50 y 51.

17. *Ibid.*, art. 52.

18. *Ibid.*, art. 54. De tal forma que no es necesario acudir a los procedimientos de la Convención de la ONU sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958).

estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: i) procedimientos de comprobación de hechos; ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado contratante o un nacional de un Estado contratante; y iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado contratante o un nacional de un Estado contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria.

CONTEXTO HISTÓRICO DEL CASO CMS *VS.* ARGENTINA

PROGRAMA DE PRIVATIZACIÓN DEL GOBIERNO ARGENTINO

A finales de los años de 1980, Argentina sufrió una crisis económica caracterizada por una profunda recesión e hiperinflación. El Gobierno argentino, como parte de su plan de recuperación económica, inició un proceso de privatización a través de la promulgación de la Ley de Reforma del Estado en agosto de 1989. Así, las grandes entidades gubernamentales de prestación de servicios públicos fueron privatizadas, entre ellas, la empresa monopólica estatal de transporte y distribución del gas natural, llamada Gas del Estado S.E.

El Gobierno argentino, para implementar su plan de privatización en el sector del gas, en junio de 1992 promulgó la Ley del Gas en la que se estableció una estructura reguladora global para la prestación del servicio de transporte y distribución de gas natural;¹⁹ el Reglamento a la mencionada Ley fue promulgado en septiembre de 1992 y de conformidad con sus disposiciones, las tarifas de transporte y distribución del gas serían calculadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y serían convertidas en pesos argentinos, al día de la facturación, sin que el Gobierno pueda rescindir o modificar las licencias a menos que cuente con el consentimiento de las licenciatarias.

La Ley del Gas y su Reglamento fueron completados con las Reglas Básicas de la Licencia, a través de las cuales se instauró el prototipo de la Licencia para la distribución y transporte de gas natural. A base de dichas Reglas, en las licencias se estableció

19. Creó, además, una entidad pública denominada Ente Nacional Regulador del Gas (ENERGAS) para supervisar la industria.

el deber del Gobierno de compensar a las licenciatarias, en caso de pérdidas derivadas de los cambios en el sistema tarifario garantizado. De la misma manera, estas reglas implementaron una revisión semestral de las tarifas basada en el Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos de América (IPP), la cual se llevaría a cabo en enero y junio de cada año.

En virtud del nuevo régimen legal, Gas del Estado S.E. fue dividida en dos compañías de transporte y ocho compañías de distribución de gas natural. Transportadora de Gas del Norte (TGN) fue una de las compañías creadas para el transporte de gas natural.²⁰

El esquema de privatización implementado estaba ideado para inversionistas extranjeros, a los cuales se les incentivó a comprar acciones en estas nuevas empresas privadas, ya que estas acciones gozaban de garantías, principalmente el cálculo de las tarifas en dólares de los Estados Unidos, ajustes automáticos y periódicos a base del IPP y un régimen legal claro, que no podía ser modificado, unilateralmente, por el Gobierno.

Como parte de sus esfuerzos de comercialización, Argentina distribuyó un Memorando de Información en los mercados extranjeros el que contenía un compendio del marco legal que regulaba la privatización, los términos y las condiciones de la licitación y el marco regulatorio que sería aplicado a la nueva industria. Además, durante esa época, para acrecentar la seguridad de los inversionistas extranjeros, Argentina ratificó el Convenio del CIADI y varios TBI, entre ellos el TBI con Estados Unidos, que es el tratado en el que se basa el caso que analizaremos.

En 1995, atraída por las garantías e incentivos ofrecidos por el Gobierno argentino, CMS Gas Transmission Company (CMS)²¹ decide adquirir el 25% del capital accionario de TGN, a lo que más tarde se agregó la adquisición de un 4,42% adicional, así CMS pasó a ser propietaria del 29,42% del capital accionario de TGN y el resto del capital, pertenecía a inversionistas privados nacionales.

20. Decreto No. 1189/92, sobre la creación de TGN y otras compañías.

21. Sociedad constituida conforme a la legislación del Estado de Michigan (Estados Unidos).

CRISIS ECONÓMICA EN ARGENTINA: INICIO DE CONFLICTOS CON INVERSIONISTAS DEL SECTOR DEL GAS

A finales de los años de 1990 una nueva crisis económica le sobrevino a Argentina; dicha crisis²² estuvo acompañada de problemas sociales.²³ Pese a ello, las tarifas en los contratos de servicios públicos debían ser ajustadas en enero de 2000, sobre la base del IPP, tal como lo establecía el marco legal creado para la privatización.

El Gobierno argentino, al considerar que los ajustes tarifarios pendientes no eran razonables ya que implicaban un incremento en las tarifas en un contexto de recesión y deflación, se reunió con las licenciatarias de transporte del gas para discutir una suspensión temporal del ajuste tarifario semestral por IPP. Así, en enero del año 2000, se llegó a un primer acuerdo a través del cual las licenciatarias aceptaron suspender por seis meses el ajuste semestral correspondiente a enero de 2000 con la condición de que las tarifas serían recuperadas con intereses entre julio de 2000 y abril de 2001.

Durante los primeros seis meses del año 2000, la economía argentina se deterioró aún más, por lo que el Gobierno instó a las licenciatarias a aceptar una segunda suspensión, la que fue aceptada en agosto de 2000 y que incluía la suspensión de los ajustes hasta el 30 de junio de 2002. El acuerdo logrado incluía el compromiso de que los ingresos no obtenidos, en virtud de la nueva postergación, se recuperarían paulatinamente, a partir de junio de 2002 y que se respetaría la estructura legal creada para el proceso de privatización de la industria del gas natural. Lo acordado se formalizó en el Decreto No. 669/2000.

En agosto de 2000, el Defensor del Pueblo de Argentina interpuso una demanda ante la Corte Federal, solicitando una medida cautelar contra el Decreto 669/2000. La Corte dictó una orden provisional suspendiendo la aplicación del Decreto 669/2000 y del acuerdo llegado con las licenciatarias, hasta que se adoptara una decisión sobre la legalidad del ajuste basado en el IPP. En octubre de 2001, la Corte de Apelaciones confirmó la orden de suspensión y el caso fue elevado a la Suprema Corte. En noviembre de 2001, ENERGAS declaró que no ajustaría las tarifas hasta obtener una sentencia definitiva, lo cual no ocurrió hasta la fecha de emisión del laudo que será analizado.

22. El PIB de Argentina decreció, causando una depresión dramática en los precios internos, el consumo privado y las inversiones comenzaron a caer y como consecuencia de aquello entró en un período de deflación. Además el peso estaba sobrevaluado y muchos economistas consideraban que el esquema del cambio dólar debía ser abandonado. La prima de riesgo país se incrementó y Argentina fue excluido del mercado internacional de crédito.

23. Los niveles de desempleo, pobreza e indigencia comenzaron a incrementarse.

LA LEY DE EMERGENCIA

A finales de 2001 la crisis argentina se profundizó aún más, tanto que los argentinos temieron que el Gobierno pudiera inmovilizar los depósitos bancarios, por lo que los ahorros fueron masivamente retirados de los bancos. En respuesta a este hecho, en diciembre de 2001, mediante Decreto No. 1570/01, el Gobierno adoptó una medida conocida como el “Corralito” que consistió en la restricción de los retiros bancarios y la prohibición de las transferencias al extranjero. El caos económico, social y político se desencadenó en Argentina, provocando la dimisión del presidente De la Rúa y luego una sucesión de presidentes que asumían y dimitían de la presidencia en muy corto tiempo. Finalmente, Duhalde asumió la presidencia e implantó un nuevo plan económico.

En enero de 2002, el Congreso dictó la Ley No. 25.561, Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario (Ley de Emergencia). Esta ley, entre otras medidas, abolió el sistema de convertibilidad previsto en la Ley de Convertibilidad de 1991, que había establecido la paridad entre el peso y el dólar; devaluó el peso y se introdujeron diferentes tipos de cambio para diferentes transacciones. Además, adoptó medidas que modificaron los contratos de servicios públicos, incluyendo el cálculo de las tarifas en pesos en lugar de dólares; abolió todas las cláusulas que establecían ajustes de tarifas en dólares u otras monedas extranjeras; eliminó todos los mecanismos de indexación; y ordenó al Ejecutivo la renegociación de los contratos de servicio público. Las renegociaciones debían culminar, a más tardar, el 31 de diciembre de 2004, lo que ocurrió con algunas compañías de servicios públicos y materias relacionadas, pero no en el caso del sector del transporte y distribución del gas.

ANÁLISIS DE LAS ARGUMENTACIONES DEL CASO CMS *VS.* ARGENTINA

EL CASO

En el contexto reseñado, CMS demanda a Argentina²⁴ porque considera que las medidas que adoptó el Gobierno a partir de enero de 2000 violan los compromisos asumidos frente a CMS en su calidad de inversionista extranjero, compromisos contenidos en el Memorando Informativo de Oferta, Ley y Reglamento del Gas y la

24. En base al TBI suscrito entre Argentina y Estados Unidos.

licencia de transporte otorgada a TGN, lo cual le trajo graves pérdidas económicas. Los compromisos irrespetados, de acuerdo a CMS, fueron: i) el cálculo de las tarifas del transporte del gas en dólares de los Estados Unidos de América, con la conversión a pesos argentinos a la fecha de facturación; y ii) el reajuste de las tarifas cada seis meses en función del índice de precios al productor de los Estados Unidos de América (IPP). Al haber incumplido los mencionados compromisos –dice CMS– Argentina violó las siguientes cláusulas de protección de inversiones previstas en el Tratado Bilateral de Protección a las Inversiones entre Argentina y Estados Unidos:

Art. IV.1. Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación, pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del artículo II.

Art. II.2 (a). Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.

Art. II.2 (b). Ninguna de las partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones.

Art. II.2 (c). Cada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones.

Entonces, CMS solicita al Tribunal CIADI que declare la responsabilidad de Argentina por la violación de las cláusulas del TBI y, por ende, disponga el pago de una indemnización a su favor por la suma de US\$ 261,1 millones, en caso de que Argentina decida tomar las acciones de TGN o de US\$ 243,6 millones, en caso de que el título de las acciones permanezca en poder de CMS, más intereses y costas.

Por su parte, Argentina considera que no se violaron ninguna de las obligaciones asumidas por el Gobierno frente a los inversionistas, ya que ningún gobierno puede comprometerse a “mantener una determinada política económica o cambiaria siendo libre de modificar esas políticas, sin que este sea un derecho que puedan impugnar personas o sociedades”. En todo caso –dice Argentina–, las pérdidas económicas que sufrió CMS responden a una grave crisis social, política y económica por la que atravesó el país durante esa época, por lo que –alternativamente– se ampara en el estado de necesidad, como un eximente de responsabilidad de un Estado previsto en el derecho internacional y en el propio TBI entre Argentina y Estados Unidos.

1. El Tribunal, para resolver este caso, sobre el cual tiene competencia, se plantea dos problemas: a) el de si Argentina es o no responsable; y, en caso de que la respuesta, a dicho problema, sea positiva; b) el del monto de la indemnización debida, por Argentina, a CMS.
2. Para resolver el primer problema, el de si *Argentina es o no responsable*, el Tribunal empieza por determinar, la legislación aplicable y, como no hubo acuerdo de las partes, aplica el art. 42.1 del Convenio CIADI;²⁵ es decir, observará "... la legislación y los reglamentos que rigen la privatización del gas, la licencia y el derecho internacional, según este se recoge en el Tratado [o sea en el TBI entre Argentina y EE. UU.] y el Derecho Internacional consuetudinario",²⁶ pero aclara además que no corresponde aplicar tratados sobre derechos humanos "al considerar que los aspectos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales²⁷." Determinado ello, si Argentina es o no responsable, depende a su vez de dos cuestiones: si violó o no el TBI entre Argentina y EE. UU., y la concerniente a si operó o no el estado de necesidad que alegó.
 - 2.1. La cuestión de si Argentina violó o no el TBI entre Argentina y EE. UU., a su vez, depende de la transgresión a una o más de las cuatro cláusulas del TBI alegadas por CMS; es decir: prohibición de *expropiación indirecta*; *trato justo y equitativo*; prohibición de *medidas arbitrarias y discriminatorias*; y, violación a la *umbrella clause*:
 - 2.1.1. Si Argentina violó o no la prohibición de *expropiación indirecta* prevista en el art. IV.1 del TBI entre Argentina y Estados Unidos, el Tribunal considera que no, por la siguiente razón:
 - 2.1.1.1. Para que se configure la expropiación indirecta deben cumplirse los supuestos que en este caso no se han cumplido, puesto que CMS ejerce el control de la inversión; el Gobierno argentino no administra las operaciones diarias de la empresa (TGN); y, el inversionista (CMS) tiene la plena propiedad y el control de la inversión.²⁸

25. "Art. 42. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquella norma de derecho internacional que pudieran ser aplicables".

26. Ver párrafo 117 del Laudo.

27. *Ibid.*, párr. 121.

28. *Ibid.*, párr. 263 y 264.

2.1.2. Si Argentina contravino la obligación de otorgar un *trato justo y equitativo*, estándar previsto en el art. II. 2 (a), depende a su vez de la respuesta a las siguientes subcuestiones:

2.1.2.1. De si tiene derecho CMS a una tarifa calculada en dólares de los Estados Unidos, y convertida a pesos a la fecha de facturación. La respuesta que da el Tribunal a esta subcuestión es que sí, básicamente por las siguientes razones:

2.1.2.1.1. La Ley del Gas, el Decreto del Gas (Reglamento) y la Licencia concedida a TGN preveían específicamente el cálculo de la tarifa en dólares y su conversión a pesos a la fecha de facturación.²⁹

2.1.2.1.2. Uno de los principales elementos determinantes para que CMS invirtiera en TGN fue la garantía otorgada por el Gobierno, sobre el derecho a que las tarifas se calcularían en dólares.³⁰

2.1.2.2. De si tiene derecho CMS a un ajuste de tarifas basado en el IPP de los Estados Unidos. La respuesta es que sí, por las siguientes razones:

2.1.2.2.1. Se trata de un derecho establecido en el marco de las disposiciones legales y la Licencia.³¹

2.1.2.2.2. El segundo elemento determinante, para que CMS decidiera invertir en TGN, fue la seguridad de que la tarifa se reajustaría en función del IPP de los Estados Unidos en enero y julio de cada año.³²

2.1.3. Si las medidas adoptadas por Argentina fueron *arbitrarias o discriminatorias*, violando así el art. II.2(b) previsto en el TBI entre Argentina y EE. UU., el Tribunal considera que no, por las siguientes dos razones:

2.1.3.1. Para que haya arbitrariedad, las medidas reclamadas deben haber impedido la administración, operación, mantenimiento, uso, disfrute, adquisición, expansión o liquidación de la inversión. En el presente caso, si bien se observan algunos efectos adversos en el uso, expansión y liquidación de la inversión, estos no han sido absolutos, además de que no ha habido impedimento respecto de la administración y operación de la inversión.

29. *Ibid.*, párr. 133.

30. *Ibid.*, párr. 134, 137.

31. *Ibid.*, párr. 144.

32. *Ibid.*, párr. 139.

2.1.3.2. “[S]olo existe discriminación entre grupos o categorías de personas que se encuentran en una situación similar (...), no apreciándose que exista discriminación en este aspecto”.³³

2.1.4. Si Argentina contravino la protección otorgada en la cláusula de obligación general (*umbrella clause*),³⁴ prevista en el art. II.2(c), depende de si transgredió las dos cláusulas de estabilización previstas en la Licencia: por un lado, la obligación asumida de no congelar el régimen tarifario ni someterlo a controles de precio, y, por otro, la obligación de no modificar las reglas básicas que regulan la licencia sin el consentimiento escrito de TGN.³⁵

2.1.4.1. Si Argentina violó la obligación asumida de no congelar el régimen tarifario ni someterlo a controles de precio, el Tribunal considera que sí, por la siguiente razón:

2.1.4.1.1. Las tarifas deben ser justas y razonables como lo prevé el régimen jurídico aplicable. No obstante, la congelación de las tarifas dispuesta por el Gobierno argentino “no puede reconciliarse con el objetivo de una tarifa justa y razonable”,³⁶ debido a que “el efecto combinado de las congelaciones de las tarifas y la devaluación (...) significó la virtual desaparición de los ingresos provenientes de las operaciones, produjo resultados invariablemente negativos en el balance...”.³⁷

2.1.4.2. Si Argentina violó la obligación de no modificar las reglas básicas que regulan la licencia sin el consentimiento escrito de TGN, el Tribunal considera que sí, por las siguientes razones:

2.1.4.2.1. “[L]a ley y la Licencia ofrecían mecanismos que permitían restablecer cuando fuera necesario el equilibrio de los compromisos contractuales en virtud de la modificación de las circunstancias económicas y de sus efectos en cuanto a costos y rentabilidad”.³⁸ Por lo que el Gobierno

33. *Ibid.*, párr. 293.

34. La *umbrella clause* o cláusula paraguas pretende garantizar el respeto a las obligaciones que hubieran contraído las partes (inversor y Estado receptor de la inversión) en otro instrumento distinto al TBI, y que le resultaren más favorables al inversor. De tal forma que, a través de la *umbrella clause*, se incluye en el ámbito del respectivo TBI, las obligaciones contractuales asumidas por el Estado. Por ejemplo, en el caso que estamos analizando, debido a la *umbrella clause*, el Gobierno argentino debe respetar las obligaciones contraídas en la Licencia de transporte del gas, otorgada a TGN. Ver Alejandro Escobar, *Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States*, vol. 11, No. 1, New York, Publicaciones del CIADI, 1996, p. 86.

35. *Ibid.*, párr. 302.

36. *Ibid.*, párr. 180 y 181.

37. *Ibid.*, párr. 182.

38. *Ibid.*, párr. 238.

argentino no podía modificar unilateralmente las reglas previstas en la licencia.

2.1.4.2.2. No obstante “[e]n ausencia de disposiciones expresas y claras que permitan a una de las partes prescindir de obligaciones contractuales solemnes asumidas frente a la otra parte, la santidad de los contratos establecida en el Código Civil y la protección de la propiedad ordenada por la Constitución Argentina deben sin lugar a duda prevalecer...”.³⁹

2.2. Por lo que respecta a la segunda cuestión, la de *si operó o no el estado de necesidad*, el Tribunal decide revisar la configuración de este, en: a) el Derecho argentino; b) en uno de los Artículos, el número 25, sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos,⁴⁰ ya que considera que en estos artículos se refleja, adecuadamente, el concepto de estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario; y c) en las cláusulas de emergencia previstas en los artículos XI y IV.3 del TBI entre Argentina y EE. UU.

2.2.1. El Tribunal considera que el estado de necesidad previsto en el *Derecho argentino* no excusa a Argentina por las medidas adoptadas, debido a las siguientes razones:

2.2.1.1. El estado de emergencia económica puede ser aceptado cuando las medidas adoptadas fueren razonables, pero no ofrecen excusa cuando las medidas en cuestión den lugar a una modificación sustancial o esencial de los derechos contractualmente adquiridos, como en el presente caso.

2.2.1.2. El estado de necesidad podría ser aceptado, si las medidas en cuestión, fueren temporales, pero no cuando superen un plazo estrictamente definido, como efectivamente ha ocurrido.⁴¹

2.2.2. En el marco de los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (No. 25)⁴² –al no haberse cumplido

39. *Ibid.*, párr. 239. El principio básico de la legislación argentina que rige los contratos y consiguientes obligaciones, se encuentra previsto en el art. 1197 del Código Civil, que dispone: “[l]as convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

40. Los referidos artículos fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 56/83, el 28 de enero de 2002.

41. *Ibid.*, párr. 217.

42. “1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. 2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad”.

con la exigencia de *carácter acumulativo*⁴³ de todos los requisitos previstos en el mencionado artículo, compuestos por cuatro condiciones básicas y dos límites— el Tribunal considera que no se operó el estado de necesidad:

2.2.2.1. Respecto al requisito de si el interés esencial del Estado estaba o no comprometido, el Tribunal considera⁴⁴ que, si bien la crisis argentina fue grave, el efecto relativo que puede razonablemente atribuirse a la mencionada crisis no permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud.⁴⁵

2.2.2.2. En cuanto al requisito de la existencia de un peligro grave e inminente, el Tribunal considera que la situación era difícil, “como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía. Pero tampoco aquí el efecto relativo de la crisis permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud”.⁴⁶

2.2.2.3. En relación con el requisito de que las medidas adoptadas debían ser el único modo que tenía el Estado para salvaguardar un interés esencial, ya que la invocación del estado de necesidad queda excluida si existen otras formas disponibles, el Tribunal concluye que las medidas adoptadas no eran las únicas disponibles, pues había una amplia gama de alternativas como dolarizar la economía, otorgar subsidios directos, etc.⁴⁷

2.2.2.4. Sobre el requisito de que las medidas adoptadas no deben afectar gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto, el Tribunal cree que, efectivamente, no se ha afectado gravemente un interés esencial del Estado o de la comunidad internacional en su conjunto.⁴⁸

43. Para el análisis de los requisitos el Tribunal tiene en cuenta, que la Corte Internacional de Justicia, en el caso Gabcikovo-Nagymaros “hizo referencia, de manera convincente, a la Opinión de la Comisión de Derecho Internacional al efecto de que todas las condiciones que rigen el estado de necesidad, deben cumplirse de manera ‘acumulativa’”. Ver párr. 330.

44. *Ibid.*, párr. 320 y 321.

45. La transgresión de una obligación internacional de un Estado, constituye un comportamiento ilícito de este. La exclusión de dicho comportamiento ilícito o de la ilicitud, puede darse por la concurrencia de determinadas circunstancias, como por ejemplo, el que haya operado el estado de necesidad, y ello le exime de responsabilidad al Estado transgresor de la obligación internacional.

46. *Ibid.*, párr. 322.

47. *Ibid.*, párr. 324.

48. *Ibid.*, párr. 325 y 358.

2.2.2.5. El primero de los dos límites, a la aplicación del estado de necesidad, surge cuando, la obligación internacional del Estado⁴⁹ excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad.⁵⁰ El Tribunal cree que este aspecto debe ser analizado en el marco del TBI y a partir del mismo concluye que las obligaciones internacionales de Argentina, no excluyen la posibilidad de que el Estado invoque el estado de necesidad, porque el Tratado está diseñado para proteger las inversiones, pero justifica ciertas circunstancias que lleven al Gobierno a adoptar medidas adversas. No obstante, en ausencia de condiciones de profunda gravedad —como considera el Tribunal que es el caso— son las obligaciones internacionales asumidas a través del Tratado las que prevalecen sobre la invocación del estado de necesidad.⁵¹

2.2.2.6. Y el segundo límite es que el Estado no haya contribuido a que se produzca el estado de necesidad, pero el Tribunal cree que la contribución de Argentina a la crisis fue lo suficientemente importante: “las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia”.⁵²

2.2.3. En cuanto a las *cláusulas de emergencia previstas en el TBI entre Argentina y EE. UU.*, el Tribunal analiza la configuración del estado de necesidad, en cada una de ellas:

2.2.3.1. El art. XI del TBI entre Argentina y EE. UU.,⁵³ no es aceptado por el Tribunal como causa de exclusión de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones que surgen del mismo Tratado, por las siguientes razones:

2.2.3.1.1. Si bien no están excluidas de por sí las crisis económicas agudas del alcance del art. XI, la cuestión es establecer el grado de gravedad de una crisis para entenderse como un interés esencial de seguridad, ante lo

49. El límite a la invocación al estado de necesidad se da por la imposibilidad de la vulneración de una norma de *ius cogens*; es decir una norma imperativa de Derecho, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados como una norma que no admite acuerdo en contrario, por ejemplo: la prohibición de la tortura, la privación arbitraria de la vida.

50. *Ibid.*, párr. 327.

51. *Ibid.*, párr. 354 y 355.

52. *Ibid.*, párr. 329.

53. “Art. XI. El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

cual el Tribunal está convencido de que la crisis argentina fue grave pero no llevó a un total colapso económico y social.⁵⁴

2.2.3.1.2. La cláusula contenida en el art. XI del Tratado no es discrecional, de tal forma que si la legitimidad de las medidas adoptadas por un Estado es objetada ante un tribunal internacional, no es competencia de dicho Estado determinar si la invocación del estado de necesidad puede excluir la ilicitud, sino competencia de la jurisdicción internacional⁵⁵ y en este caso el Tribunal considera que no ha operado el estado de necesidad invocado por Argentina.

2.2.3.2. En cuanto al art. IV.3 del TBI entre Argentina y EE. UU.,⁵⁶ el Tribunal no lo acepta como cláusula de emergencia que excluya de las responsabilidades previstas en el Tratado, por la siguiente razón:

2.2.3.2.1. Este artículo no excluye la aplicación de los derechos conferidos a los inversionistas por el Tratado, lo que hace es asegurar que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria.⁵⁷

2.3. Basado en lo expuesto, el Tribunal del CIADI resolvió que Argentina es responsable porque incumplió su obligación de otorgar a CMS el *trato justo y equitativo* y de cumplir los compromisos respecto de las inversiones que garantiza la *umbrella clause*.

3. Al ser Argentina responsable, el segundo problema que pasa a resolver el Tribunal es el monto de la indemnización debida a CMS.⁵⁸

3.1. La determinación del monto de la indemnización que Argentina debe a CMS depende del método que se utilizará para tal determinación. Al respecto, el Tribunal decide que el método de valoración que utilizará es el *método de flujo de caja descontado (FCD)*.⁵⁹ Por las siguientes razones:

54. *Ibid.*, párr. 359 y 361.

55. *Ibid.*, párr. 373.

56. “Art. IV.3. A los nacionales o sociedades de una parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas”.

57. *Ibid.*, párr. 375.

58. *Ibid.*, párr. 408.

59. El Tribunal ejerció discreción para identificar el estándar o método de valoración que mejor atienda a la naturaleza del caso. Ver: parte final del párrafo 409 y párrafo 411.

3.1.1. No se puede utilizar el método de referencia a otra empresa u otras empresas de transporte de gas natural que cotizan en Bolsa, porque las acciones de TGN no cotizan en Bolsa, ni en ningún otro mercado público, además de que existen grandes diferencias entre TGN y esas empresas.⁶⁰

3.1.2. El método de valor de activos tampoco es adecuado. “CMS es un accionista minoritario de TGN, que es una empresa en marcha con un historial de rentabilidad”.⁶¹

3.1.3. No se puede aplicar el método de las operaciones comparables, porque “el Tribunal no ha recibido información significativa acerca de esas transacciones y determinar la indemnización de CMS sobre esa base sería un enfoque sumamente especulativo”.⁶²

3.1.4. El método de valoración de las opciones tampoco parece útil, porque TGN es una compañía de transporte de gas, por ende los gasoductos no pueden servir para otros usos que no sean para el transporte del gas.⁶³

3.1.5. “TGN era y es una empresa en plena marcha; las técnicas del FCD han sido usadas universalmente, incluso por numerosos tribunales arbitrales, como un método apropiado para la valoración de los activos de las empresas; también fue utilizado por ENERGAS en la revisión tarifaria de 1996-1997. Por último existen datos suficientes para realizar una valoración racional de TGN utilizando este método”.⁶⁴

3.2. En aplicación del método FCD, el Tribunal concluye que Argentina debe pagar a CMS una indemnización por el monto de US\$ 133,2 millones, más la suma adicional de US\$ 2.148,100 millones, solo en el caso de que Argentina decida tomar las acciones de CMS, opción que puede ejercerla en el plazo máximo de un año, contado a partir de la fecha del laudo,⁶⁵ más intereses.

60. *Ibid.*, párr. 412.

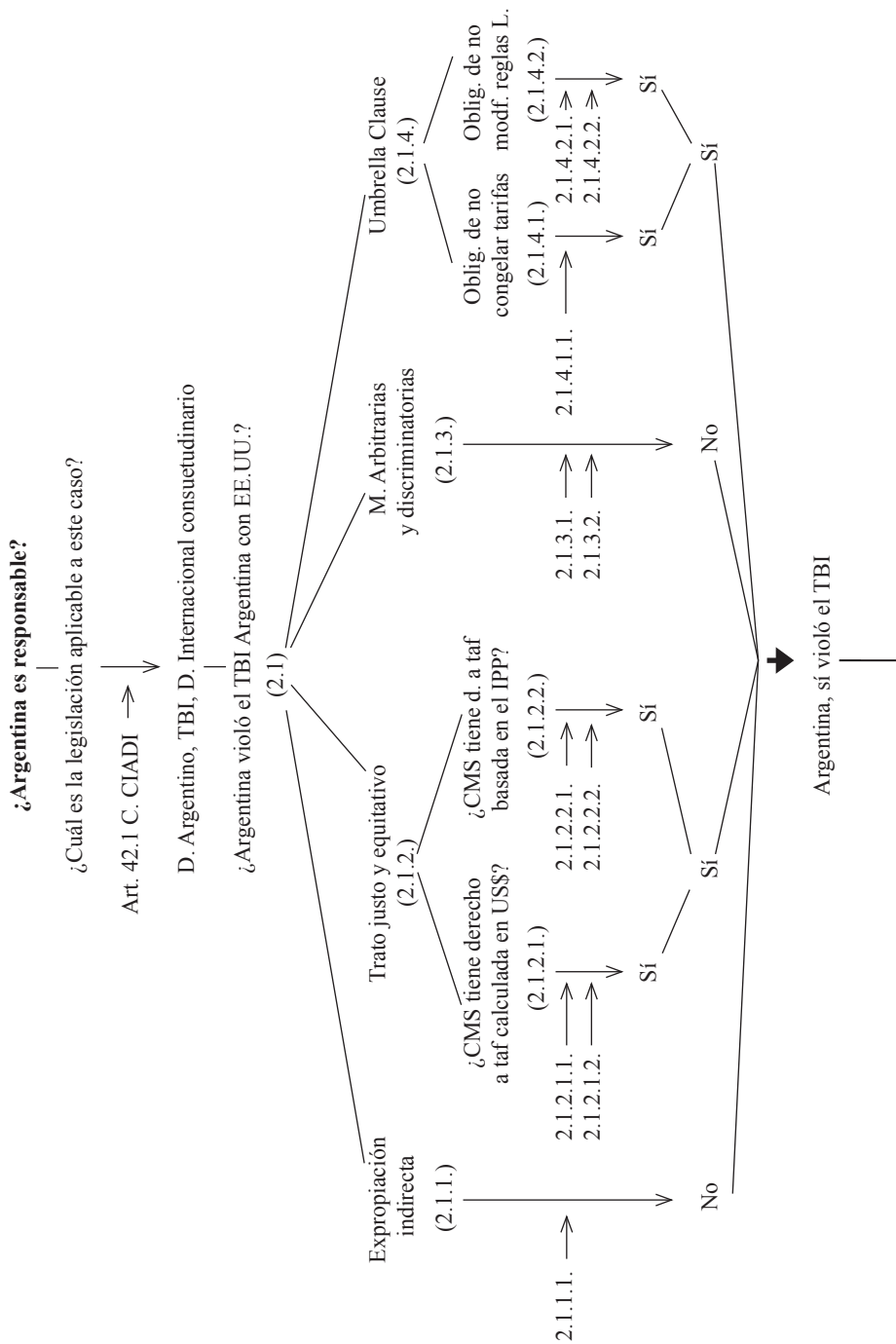
61. *Ibid.*, párr. 413.

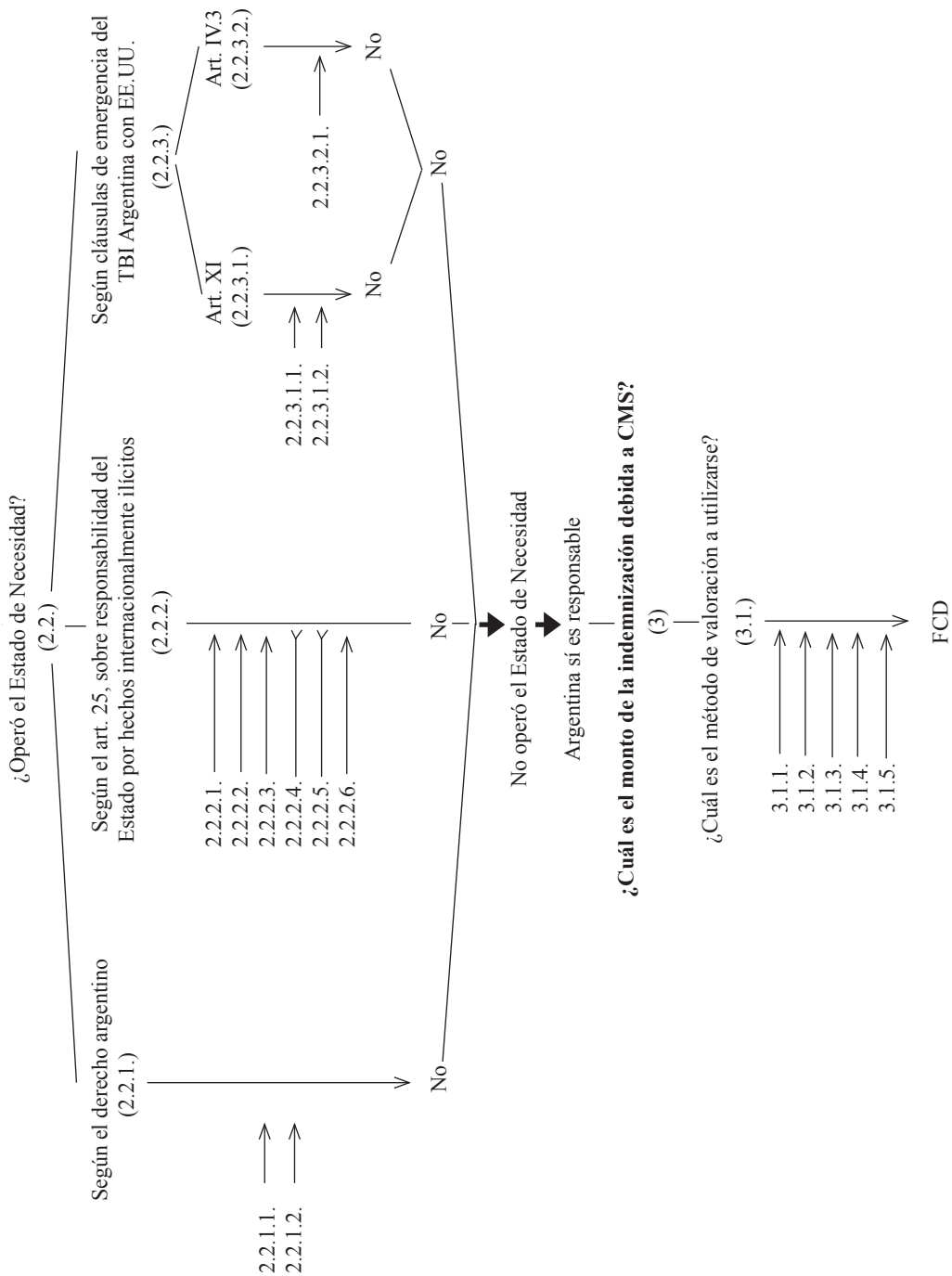
62. *Ibid.*, párr. 414.

63. *Ibid.*, párr. 415.

64. *Ibid.*, párr. 416.

65. El plazo es de un año, porque el Tribunal no considera que sería adecuado dejar abierta esta opción.





U\$ 133,2 millones. Si Argentina decide tomar las acciones de CMS, a ese valor debe sumarse U\$ 2,148 millones. Más intereses.

EVALUACIÓN DE LAS ARGUMENTACIONES DEL CASO CMS *VS.* ARGENTINA

La primera observación, aunque de forma, que en mi opinión merece el laudo del Tribunal del CIADI es sobre su redacción desordenada, pues ello provoca que el fallo sea obscuro, limita la comprensión de la estructura argumentativa y, por ende, su reconstrucción fue complicada; además ello ocasiona –o puede ocasionar– una motivación deficiente. De acuerdo con el art. 19 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, motivar las decisiones es “expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión”.

Para solventar este problema –de falta de orden y claridad– viene bien la recomendación de los profesores Manuel Atienza y Ali Lozada, respecto de trazar un esquema para la redacción de la sentencia “en el que se distingan: la historia procesal del caso (incluyendo, si es necesario, los argumentos que hayan dado quienes anteriormente hayan participado en el proceso); el problema que se plantea al tribunal, bien defendido; las cuestiones de las que depende la solución al problema; las respuestas a esas cuestiones, y las razones en las que se basan; la solución que da el tribunal”.⁶⁶

Ahora bien –dejando de lado la anterior observación, que debe ser corregida con la recomendación de los mencionados profesores–, quizá lo que más debilita la línea argumentativa del tribunal del CIADI es que de entrada anuncia que, para resolver los problemas planteados en el caso, utilizará la legislación argentina aplicable; el derecho internacional, según este se recoge en el TBI; y el derecho internacional consuetudinario, pero que *no* aplicará tratados sobre derechos humanos “al considerar que los aspectos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”.⁶⁷

Considero que esta apreciación equivocada del Tribunal responde a que trató de resolver el caso prescindiendo de argumentaciones que involucren derechos fundamentales, pensando quizá en que de esta manera se podrían dejar de lado cuestiones de carácter moral, y así facilitársele la resolución de los problemas, en especial del problema de si operó o no el estado de necesidad en Argentina. Pero en la práctica, dejarse llevar por esa concepción le ocasionó dificultades, pues, cuando tuvo que dar respuestas a cuestiones que no podían estar despojadas de apreciaciones morales, no tuvo más remedio que hacer valoraciones; no obstante, al momento de arribar a conclusiones, en más de una ocasión, incurrió en contradicciones, y esto además porque

66. Manuel Atienza y Ali Lozada Prado, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2009, p. 88.

67. Ver Laudo, párr. 121.

en la aplicación del Derecho al caso, se observa que el Tribunal opta por utilizar un esquema subsuntivo, al tiempo que desestima la utilización de la ponderación.

DERECHO Y MORAL: LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS

Autores positivistas como Bentham, Austin, Hart, Ross, Kelsen, Bobbio, Ferrajoli, etc., defienden como una de sus tesis centrales la separación entre Derecho y moral, el que el concepto del derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas, sino tomando en cuenta solo propiedades descriptivas.⁶⁸ Los positivistas sostienen que es posible describir un derecho sin valorarlo. Esto querría decir que la resolución de casos como el analizado (CMS *vs.* Argentina), dejaría al margen cualquier consideración de tipo valorativa, cabe decir *moral*, siendo suficiente la aplicación de la ley (sin considerar que la ley contiene valores), pues en estos textos se encontrarían descritas las respuestas suficientes para llegar a la resolución, sentencia o laudo, no siendo necesario ningún tipo de argumentación moral. Esta –al parecer– es la concepción del derecho del Tribunal del CIADI que resolvió el caso CMS *vs.* Argentina, pues, como ya lo señalamos, antes de entrar a resolver los problemas advirtió que para hacerlo *no* aplicará tratados sobre derechos humanos, al creer que en la controversia de las partes no hay “materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”.

Esta posición positivista ha sido contradicha por múltiples autores cuya tesis central viene a ser, entonces, la conexión entre el Derecho y la moral. Así, por ejemplo, para Manuel Atienza las relaciones del Derecho y la moral se pueden apreciar desde distintos planos; así en el plano objetivo de las normas existen grandes afinidades terminológicas ya que en ambos casos se hablan de derechos y deberes, etc.; bastantes normas jurídicas coinciden con normas morales; y el propio Derecho positivo no deja de incidir en la moral social. En el plano subjetivo de los diversos operadores jurídicos, dice el autor, el resultado es semejante, porque, por ejemplo, los jueces se enfrentan con problemas morales cada vez que tienen que aplicar normas que consideran injustas.⁶⁹

Robert Alexy sostiene que las normas, las decisiones judiciales y los sistemas jurídicos, en tanto un todo, formulan necesariamente una *pretensión de corrección*,⁷⁰ de tal forma que si quien emite una norma, o toma una decisión, afirma que tal norma o

68. Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 13a. reimp., p. 37.

69. Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2009, 5a. imp., p. 89.

70. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio, Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ra. reimpresión de la 2a. ed., 2008.

decisión no está justificada, caería en una incongruencia. Así estos autores fundamentan la necesaria conexión entre el Derecho y la moral.

El carácter práctico y valorativo del Derecho es evidente.⁷¹ En el caso que nos ocupa, para decidir sobre si operó o no el estado de necesidad, dada la crisis económica social y política que en esa época vivía Argentina, el Tribunal del CIADI, necesariamente, valoró lo acaecido en Argentina, tanto que dijo “la República de Argentina se vio afectada por una profunda crisis de carácter económico, social y político”,⁷² caracterizada por “crecientes niveles de pobreza”,⁷³ y que la Ley de Emergencia “fue aprobada con el solo propósito de contener la situación caótica que se hubiera producido tras el colapso económico y social que enfrentaba Argentina”.⁷⁴ En el mismo sentido explicó “que la situación era lo suficientemente difícil como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía”,⁷⁵ aunque la conclusión a la que arriba, a reglón seguido, es que “el efecto relativo de la crisis [no] permite llegar a la conclusión de exclusión de ilicitud”,⁷⁶ de esta manera observamos una incongruencia, en mi opinión, producto de la camisa de fuerza “positivista” que se puso para resolver el caso, y de la falta de ponderación de los principios que de hecho entraron en choque.

Para resolver el caso CMS vs. Argentina efectivamente son necesarias las razones que obtenemos de los instrumentos legales (legislación argentina, TBI y otros tratados internacionales, incluidos los de derechos humanos), jurisprudencia (del CIADI e inclusive otros órganos internacionales) y doctrina de derecho internacional, pero también serán necesarias, en palabras de Ali Lozada, “razones no autoritativas, de índole moral (las que, desde la perspectiva de un operador jurídico, acaban internalizándose en el Derecho)”,⁷⁷ y es que, como el autor concluye –a propósito de la concepción de Carlos Nino, sobre las normas jurídicas–, “todas las normas jurídicas, así como las decisiones basadas en estas, hallan su justificación última en la moral”,⁷⁸ es decir en principios y valores de carácter moral, entre otros en los derechos fundamentales; o sea en los derechos humanos, pero estos ya no entendidos como meros derechos positivos, sino como derechos morales.⁷⁹

71. Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, p. 40.

72. Ver Laudo, párr. 211.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*, párr. 306.

75. *Ibid.*, párr. 322.

76. *Ibid.*

77. Ali Lozada Prado, *Los derechos sociales en la globalización, una mirada filosófica al “enfoque de derechos en las políticas de desarrollo*, trabajo presentado en el IV seminario interdisciplinar de bioética y nutrición, Alicante, Universidad de Alicante, 2009, p. 19.

78. *Ibid.*, p. 18.

79. *Ibid.*

Para continuar con la *evaluación* del caso, tomaré la argumentación que efectivamente tuvo lugar en el Tribunal, y la compararé con la alternativa que vendría a ser la corrección de la argumentación, claro está utilizando el método de la ponderación. Por el alcance de este artículo, la *evaluación* se centrará, exclusivamente, en los argumentos que tienen que ver con el estado de necesidad.

Para defender las críticas a la argumentación del Tribunal, me sustentaré en las aportaciones de Alí Lozada, respecto al enfoque de derechos en las políticas de desarrollo.⁸⁰ Por tanto, en seguida pasaremos a revisar, muy brevemente, dichas teorías.

ENFOQUE DE DERECHOS

Alí Lozada, aborda el “contenido y rol que *deberían tener* los derechos humanos en los procesos de globalización”.⁸¹ En concreto sus dos tesis centrales son:

que el diseño, la gestión y la evaluación de las políticas de desarrollo —desde cualquier enfoque— supone necesariamente la aplicación de una determinada concepción moral, deliberada o espontánea, explícita o implícitamente. Y, (...) la tesis de que el uso del enfoque de derechos en las políticas de desarrollo es normativamente imprescindible.⁸²

Las mencionadas tesis las infiere, a su vez, de dos premisas: por un lado, que en el plano normativo la política, la economía y el Derecho, se vinculan necesariamente con la moral; y, por otro, que la moral correcta es una moral basada en derechos de signo igualitario.⁸³

Respecto a la primera premisa, justifica que la política, la economía y el Derecho tienen una vinculación necesaria con la moral y añade que

la pretendida insularidad de la política, la economía o el Derecho respecto de la moral, aparte de ser conceptualmente errónea, puede ser llevada a la práctica solo en forma aparente: es decir, la decisión de construir o evaluar la acción colectiva únicamente a partir de criterios políticos, económicos y/o jurídicos, pero no de criterios morales, supone ya (implícita o explícitamente) una toma de decisión moral (deliberada o espontánea).⁸⁴

De esta manera el autor fundamenta la primera de sus tesis.

80. Alí Lozada Prado, *Los derechos sociales en la globalización, una mirada filosófica al “enfoque de derechos en las políticas de desarrollo”*.

81. *Ibid.*, p. 8.

82. *Ibid.*, p. 9.

83. *Ibid.*, pp. 9 y 24.

84. *Ibid.*, p. 20.

Sobre la segunda premisa, señala que “de acuerdo con el procedimentalismo kantiano, en cualquiera de sus versiones, los cimientos de la moral están dados por un conjunto de derechos básicos derivados de la estructura misma del discurso moral. Por lo que la moral correcta no puede ser sino basada en derechos”.⁸⁵ Más adelante señala que una teoría moral basada en derechos “es indispensable para abordar el diseño, la gestión y la evaluación de las políticas públicas: a partir de ella –añade, siguiendo a Francisco Laporta– que, los derechos humanos, cualquiera sea su ‘generación’, pueden ser vistos como titulaciones morales básicas, de las que deriva un conjunto de obligaciones tanto negativas como positivas”.⁸⁶ De esta manera el autor sustenta su segunda tesis.

Pues bien, al amparo de las tesis descritas, la evaluación a la argumentación del Tribunal, que en adelante se realizará en el caso CMS vs. Argentina, considerará que el análisis de la crisis económica, política y jurídica por la que atravesó Argentina, a inicios de esta década –a fin de determinar si operó o no el estado de necesidad, alegado–, supondrá necesariamente la aplicación de una *determinada concepción moral, deliberada o espontánea, explícita o implícitamente*; y que *la moral correcta* aplicable, es *una moral basada en derechos de signo igualitario*.

Antes de continuar, me parece preciso recordar lo dicho por Manuel Atienza: “una de las condiciones para poder utilizar con éxito el Derecho como instrumento para promover la justicia consiste en ser consciente de sus límites; y uno de ellos –quizá el más importante– es que el Derecho nunca podrá sustituir a la moral”.⁸⁷

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL:

EXCLUSIÓN DE ILICITUD EL “ESTADO DE NECESIDAD”

El hecho generador de la responsabilidad internacional de un sujeto internacional, descansa en la *ilicitud* de un comportamiento de este –por acción u omisión– o sea el comportamiento de un sujeto es *ilícito* cuando, conforme al Derecho internacional, constituye una violación de una obligación internacional, sea cual sea el origen de dicha obligación. De tal forma que son dos los elementos para la calificación de una determinada conducta como hecho *internacionalmente ilícito*: i) la infracción de una obligación internacional que un sujeto tiene para con otro, apreciada según las normas del derecho internacional; y ii) la atribución a dicho sujeto de tal infracción.⁸⁸

85. *Ibid.*, p. 21.

86. *Ibid.*, p. 23.

87. Manuel Atienza, *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 3ra. impresión, 2007, p. 60.

88. Ver Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 745.

Prima facie, el comportamiento *ilícito* de Argentina sería el impedir que las tarifas de transporte de gas continúen calculándose en dólares de los Estados Unidos de América; así como el prohibir el ajuste de dichas tarifas, cada seis meses, a base del IPP de Norte América, lo cual terminó cristalizándose con la vigencia de la Ley de Emergencia. Con ello, entonces, Argentina habría violado las garantías otorgadas al inversionista extranjero CMS, en la Licencia, Ley del gas, su reglamento; y en definitiva en el TBI de Argentina y Estados Unidos.

Sin embargo, por la concurrencia de determinadas circunstancias, se *excluye* que el comportamiento haya sido *ilícito* y, por tanto, origine responsabilidad. Una de esas circunstancias *excluyentes* de la *ilicitud* es el *estado de necesidad*.⁸⁹

Por *estado de necesidad* se conoce a aquella situación o circunstancia por la que un Estado no tiene más remedio –a fin de preservar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente– que el de adoptar un comportamiento que infringe una obligación internacional para con otro sujeto internacional.⁹⁰ En el estado de necesidad, el peligro grave que se aduce está representado por “un peligro grave para la existencia del Estado mismo para su supervivencia política o económica, para la preservación de la posibilidad de funcionamiento de sus servicios esenciales, para el mantenimiento de su paz interna, etc.”.⁹¹

Las condiciones necesarias para que se pueda alegar la existencia de un *estado de necesidad* son muy restrictivas. De acuerdo con la Comisión Internacional de las Naciones Unidas (ONU), son estas:

a) carácter absolutamente excepcional de la situación: únicamente cabe alegar el estado de necesidad en supuestos en los que se afecte a un interés esencial para el Estado; b) el estado de necesidad debe representar el único medio de conjurar el peligro extremadamente grave e inminente que percibe el Estado que alega el estado de necesidad; c) evidentemente, el interés protegido por el derecho subjetivo atribuido al Estado extranjero, que se sacrificaría a la salvaguardia de un interés esencial del Estado obligado, debe ser inferior a ese otro interés; d) no cabe vulnerar una norma *ius cogens* por la vía de alegar un estado de necesidad; e) el Estado que lo invoque no deberá haber contribuido a su existencia; f) no se podrá invocar el estado de necesidad si existe un trato que implícita o explícitamente excluye la posibilidad respecto de una concreta obligación que vincule a los Estados parte.⁹²

89. *Ibid.*, p. 764.

90. Ver Julio D. Gozález Campos y otros, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 2003, 8a. ed., p. 373.

91. *Ibid.*

92. Informe de la Comisión de la Asamblea General de la ONU sobre la labor realizada en su trigésimo segundo período de sesiones, *Anuario CDI*, Nueva York, 1980, 2a. parte, p. 33.

En el caso que nos ocupa, Argentina se amparó –alternativamente– en el *estado de necesidad*, como circunstancia eximente de responsabilidad, en caso de que el Tribunal decidiera que incumplió con sus obligaciones internacionales, para con CMS. Para alegar el *estado de necesidad* argumentó que las pérdidas económicas que sufrió CMS responden a una grave crisis social, política y económica por la que atravesó el país durante esa época.

Este es un caso difícil, en materia de derechos fundamentales, que exige deliberación práctica *juris prudentia* (ponderar el Derecho para el caso). No obstante, para determinar si se configuró o no el *estado de necesidad* alegado por Argentina, el Tribunal utiliza –exclusivamente– una justificación por subsunción, mostrando que el caso concreto que trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico regulado por las reglas, aplicables en: a) el Derecho argentino; b) el marco del art. 25 sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; y c) las cláusulas de emergencia previstas en los artículos XI y IV.3 del TBI entre Argentina y EE. UU., lo cual le lleva a cometer el error de sostener que no hubo estado de necesidad, como lo veremos a continuación en la evaluación de sus argumentos.

El estado de necesidad en el Derecho argentino

El Tribunal consideró que el *estado de necesidad* previsto en el Derecho argentino, no excusó a Argentina por las medidas adoptadas, debido a las siguientes razones: i) porque si bien el estado de emergencia económica puede ser aceptado cuando las medidas adoptadas fueren razonables, dice que no ofrecen excusa, cuando las medidas en cuestión dan lugar a una modificación sustancial o esencial de los “derechos contractualmente adquiridos”, como efectivamente ocurrió; y ii) porque el estado de necesidad, no puede ser aceptado si las medidas adoptadas, superan un plazo estrictamente definido, como ha ocurrido.

No hay duda sobre la importancia de la inversión extranjera, tanto que la viabilidad de los sistemas económicos locales dependen, en gran medida, de esta. Por ello el derecho a la seguridad jurídica de los inversionistas extranjeros, a fin de que todos los derechos que han adquirido contractualmente sean respetados, hace razonable aceptar que el mismo pueda ser limitado de manera excepcional (*estado de necesidad*). De ahí que para justificar la limitación e inclusive suspensión, de los derechos contractualmente adquiridos por los inversionistas extranjeros, tenga sentido establecer las condiciones generales del *estado de necesidad*, como que se lo acepte por una finalidad de gran importancia, para salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; que sea mediante medidas adecuadas, necesarias y proporcionadas para obtener el fin; y que todo ello esté debidamente justificado por el Tribunal que acepte el *estado de necesidad*, como *excluyente* de la *ilicitud* al Estado, por el incumplimiento de sus obligaciones contractualmente adquiridas con el inversionista extranjero y por ende de la responsabilidad.

En este caso ocurre que todas esas circunstancias se cumplen: la crisis económica, social y política por la que en esa época atravesó Argentina fue de tal gravedad que —al parecer— justificó la adopción de las políticas impuestas por el Gobierno (Argentina, explicó, que el transporte y la distribución de gas constituyen un servicio público nacional que debe tener en cuenta necesidades especiales de importancia social).⁹³ En el mismo sentido expresó que la regulación de las tarifas debe tener en cuenta consideraciones sociales y otras consideraciones de interés público y que deben garantizar a los consumidores el costo mínimo compatible con la certeza del suministro;⁹⁴ las medidas adoptadas parecen idóneas y necesarias, pues se trató de una situación de emergencia nacional que requirió de un cambio en las políticas económicas, de modo que no es fácil pensar en algún medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad; en cuanto a la proporcionalidad, esta se advierte en que las medidas fueron adoptadas sin discriminación alguna (su alcance fue general) y en que también, el Gobierno argentino, estableció medidas tendientes a la renegociación contractual con los inversionistas privados, tratando de aminorar la afectación a sus derechos; y sobre la justificación de la resolución del Tribunal, este tenía suficientes razones, contenidas en los propios datos que constan de autos.

Para resolver este caso —como ya lo hemos dicho— debe necesariamente acudir al procedimiento de la ponderación pues es un caso que no puede ser resuelto por la simple aplicación de las reglas específicas del sistema, como erróneamente lo hizo el Tribunal. Al hacerlo tenemos que existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una solución incompatible con la del otro: la protección del derecho a la seguridad jurídica del inversionista extranjero, que exige un respeto a los derechos pactados contractual y legalmente; y el de la protección al derecho a la vivienda, que exige una congelación en las tarifas de servicios básicos esenciales, entre ellos del transporte y distribución del gas; entonces, en este caso en concreto, ¿cuál prevalece sobre el otro?

El Comité de derechos económicos, sociales y culturales (Comité DESC), órgano encargado del monitoreo del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dictó dos observaciones generales, mediante las cuales establece los estándares que integran el contenido del *derecho a la vivienda*, incluyendo la disponibilidad de servicios esenciales, que deben ser accesibles económicamente. En este sentido, el Comité DESC explicó que el derecho a la vivienda no debe interpretarse en un sentido estricto y restrictivo. Por el contrario, una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente

93. Ver Laudo, párr. 93.

94. *Ibid.*, párr. 94.

a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.⁹⁵

Si realizamos una apreciación moral basada en derechos, del contexto de la situación acaecida en Argentina en esa época y de las políticas públicas diseñadas para atender a dicha situación, llegamos a la conclusión que –en esa época– un aumento en las tarifas de servicios básicos esenciales, entre esos el transporte y distribución del gas (haciendo que prevalezcan el derecho a la seguridad jurídica de los inversionistas extranjeros), hubiese tenido un impacto sustancial en la capacidad de gran cantidad de ciudadanos argentinos de acceder a estos servicios, poniendo a su vez en jaque el ejercicio efectivo del derecho social a la vivienda.

Entonces es evidente que, en este caso, el derecho social a la vivienda se sobrepone al derecho de la seguridad jurídica del inversionista, y este juicio no es arbitrario. Robert Alexy muestra que el mismo depende, esencialmente, de tres factores: el grado de afectación de cada uno de los principios en el caso concreto; el peso abstracto que se asigne a los principios relevantes; y la seguridad que pueda tener en relación con las apreciaciones empíricas que se refieren a la afectación que la medida examinada, en el caso en concreto, proyecta sobre los principios relevantes. Y como conclusión se obtiene una regla que empareja las circunstancias antes mencionadas con la consecuencia jurídica del principio que prevalece.⁹⁶

En nuestro caso si se trata de proteger el derecho a la vivienda en toda su extensión, no hay otras medidas disponibles que las políticas adoptadas por Argentina –al menos de parecida eficacia–, lo que hace que se conviertan en medidas lícitas y por ende válidas.

Cabe notar que el Tribunal se equivoca, enormemente, al sostener que en “los derechos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”,⁹⁷ ya que la política pública, mediante la cual se prohibió la subida de las tarifas –y que es la que el Tribunal juzga– se dirige a la realización del derecho fundamental a la vivienda, pues el gas es parte de este derecho, y el alza de su tarifa, en momentos en que la mitad de la población argentina estaba sumida en la pobreza, habría provocado la violación de dicho derecho.

Entonces, las medidas adoptadas por Argentina fueron totalmente razonables, de lo cual está consciente el Tribunal, tanto que señala “que la situación era lo suficientemente difícil como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar

95. Comité DESC, *El derecho a la vivienda adecuada art. 11(1) del PIDESC*, Observación general No. 4, anexo III, 6to período de sesiones, 1991. Disponible en [http://www.escri-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428687&parent_id=425976].

96. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*.

97. *Ibid.*, Laudo, párr. 121.

que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía”.⁹⁸ No obstante, su concepción equivocada, al momento de decidir, le lleva a incurrir en incongruencias.

Finalmente, es necesario referirse al segundo argumento por el cual, el Tribunal niega la configuración del *estado de necesidad* en el Derecho argentino. Dice el Tribunal que las medidas en cuestión han excedido un plazo que debería ser restringido, y en eso tiene razón, pues un *estado de necesidad* no puede prolongarse indefinidamente y peor al capricho del Estado, pero el enfoque es equivocado.

Sostiene que esta es una razón para negar la existencia del *estado de necesidad*, lo cual es un error, ya que la ilicitud del incumplimiento de una obligación internacionalmente adquirida, como en el presente caso, es excluida solo por el tiempo en que dura la circunstancia del estado de necesidad.⁹⁹ Por tanto, este no puede ser un argumento que descalifique el *estado de necesidad* alegado. Este es un argumento para, a base de las evidencias que se tiene, que el Tribunal establezca el plazo durante el cual operó el *estado de necesidad* y determinar el momento en el cual la responsabilidad del Estado argentino se restableció, sin que tenga excusa para seguir incumpliendo sus obligaciones internacionales.

Este período debería ser de carácter rigurosamente excepcional y aplicarse, únicamente, en circunstancias extraordinarias. Al respecto se puede argumentar que el inicio del *estado de emergencia* se habría dado con la expedición del Decreto de Emergencia y Necesidad, el 1 de diciembre de 2001 y concluyó el 26 de abril de 2003, fecha de la elección del presidente Kirchner, por cuanto a partir de esta fecha se observó un considerable recuperación de la economía y el orden social. Todas las medidas tomadas por Argentina en violación al TBI, antes y después del período durante el cual se produjo el *estado de necesidad*, deberían surtir todos sus efectos y ser tomadas en consideración para el cálculo de los daños.

El estado de necesidad en el art. 25 de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

El concepto de eximir a un Estado de responsabilidad por la violación de sus obligaciones internacionales durante el llamado *estado de necesidad* se refleja en el derecho internacional, en el artículo 25 del proyecto de artículos sobre responsabilidad

98. *Ibid.*, párr. 322.

99. Como lo señalan los tratadistas de Derecho internacional: “[l]a concurrencia de una de estas circunstancias —conviene subrayarlo— no anula ni da por terminada la obligación, limitándose a justificar su incumplimiento mientras está presente. Desaparecida la circunstancia el cumplimiento de la obligación es, de nuevo, exigible”. Ver Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, p. 764.

de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Allí está definido, por ciertas características, que deben estar presentes para que un Estado pueda invocarlo como defensa. En tal sentido, en el informe elaborado por Roberto Ago, uno de los mentores del referido proyecto, afirma que ha de tratarse de un *peligro grave* para la existencia del Estado, para su supervivencia política o económica, para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales, para la conservación de la paz interior, para la supervivencia de una parte de su territorio; es decir se trata de intereses que se hacen valer, normalmente, como intereses esenciales o muy importantes para el Estado.¹⁰⁰

Sin embargo, cuando desde el punto de vista del derecho internacional se evalúen las políticas públicas adoptadas por un Estado, habrá que tener en cuenta que los derechos humanos son los criterios últimos de evaluación.

Por tanto, para la evaluación de las políticas adoptadas por el Gobierno argentino, en el plano del derecho internacional, se debe apreciar que los intereses de seguridad de Argentina se vieron amenazados; su permanencia misma, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y con ello la preservación de los derechos sociales de sus ciudadanos.

Pero el Tribunal CIADI, lejos de tener en cuenta el mencionado enfoque de derechos en el plano internacional, adopta un razonamiento jurídico de tipo subsuntivo, pues lo que hace es verificar el encaje de todos y cada uno de los requisitos previstos, en el referido art. 25 de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, y así determinar la configuración o no del estado de necesidad. El problema de la subsunción en casos concretos puede generar desajustes, entre el caso analizado y el caso genérico regulado por la regla, problema que se dio en el caso CMS vs. Argentina.

Por otro lado, como consecuencia de su desapego al enfoque de derechos para resolver el caso, el Tribunal emite juicios pragmáticamente contradictorios; dice que si bien la crisis era grave “como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía (...) el efecto relativo de la crisis [no] permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud”. No es posible justificar simultáneamente ambos juicios, pues la primera afirmación, “la crisis argentina fue grave, tanto como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que empeorara”, presupone la negación de la segunda: “el efecto relativo de la crisis no permite llegar a la conclusión de exclusión

100. Giancarlo Scalese, *La definitiva affermazione del principio di necessità nel diritto internazionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica srl, 2004, pp. 9-45.

de la ilicitud”. Es algo así como el ejemplo famoso en filosofía: “el gato esta sobre el felpudo, pero yo no lo creo”, que incurre en una contradicción pragmática, ya que la primera parte de la afirmación (“el gato está sobre el felpudo”) presupone que quien la emite lo cree así.

La tesis de Alexy sobre que el Derecho incorpora una *pretensión de corrección* sirve también para mostrar lo difícil que resulta aceptar un argumento como el contenido en el punto 2.2.2.1 y 2.2.2.2, pues ha sido defendida, por este autor, en términos parecidos: el juez que sentencia diciendo “condeno a X a la pena P, pero creo que mi condena es injusta”, incurriría en una contradicción pragmática.

Cabe señalar también que en este punto el criterio interpretativo dista de ser claro, ya que no es fácil saber qué significa que una crisis tenga “efecto relativo”, puesto que no basta con decir que el efecto es relativo, se necesita precisar qué significa eso y evidenciar que entonces el efecto fue relativo.

El estado de necesidad en las cláusulas de emergencia del TBI entre Argentina y EE. UU.

En cuanto a si se configuró o no el *estado de necesidad* en las cláusulas de emergencia previstas en los artículos XI y IV.3 del TBI entre Argentina y EE. UU., el tribunal considera que no, básicamente porque piensa que si bien la crisis argentina fue grave, no llevó a un “total” colapso económico y social.

El tribunal se equivoca, constantemente, en no tomar las razones morales como las razones últimas que en definitiva tiene para adoptar una decisión, y que para hacerlo es imprescindible que haga una valoración moral y ponderada del caso, basada en derechos; así como de las políticas públicas, trazadas para atender la situación de emergencia, vivida por Argentina, en esa época.

Si así lo hacemos veremos que los numerosos reportes de catástrofe económica; huelgas masivas; fatídicos tiroteos; cierre de escuelas; negocios; paralización del sistema bancario y del sistema de salud; etc., obligaron al Gobierno a tomar medidas consecuentes con la situación de emergencia y por tanto plenamente justificadas. En el caso en concreto –como vimos–, el derecho a la vivienda de los argentinos se sobrepone al derecho de seguridad jurídica del inversionista CMS.

Las condiciones vividas desde finales de 2001 en Argentina representaron un alto grado de desorden público y por tanto una amenaza a los intereses esenciales de seguridad argentinos. El diseño de las políticas públicas evaluadas no respondieron simplemente a un nuevo plan económico, pues se trató de una crisis que amenazó fuertemente la subsistencia de derechos sociales. Los indicadores económicos de mayor importancia alcanzaron proporciones terribles durante diciembre de 2001; al igual que

el deterioro acelerado del PIB. Durante la crisis argentina se registró la caída generalizada de precios y la disminución del valor de bienes situados en Argentina. El riesgo país se ubicó, a finales de 2001, como el más alto del mundo. El desempleo, pobreza e indigencia fueron, gradualmente, aumentando y con ello la necesidad del Estado de diseñar políticas que precautelen los derechos sociales, de los ciudadanos.

En diciembre de 2001 se produjo un temor generalizado de que el Gobierno cayera en *default*¹⁰¹ y restringiera los retiros para prevenir la quiebra del sistema bancario, con el objeto de prevenir esta posible quiebra, el 1 de diciembre de 2001, el Gobierno dictó el Decreto de Necesidad y Emergencia No. 1570/01, decreto que desencadenó el descontento social, dándose violentas manifestaciones y protestas.

Todo este escenario negativo –económico, político y jurídico– descrito a breves rasgos debe ser analizado desde una perspectiva moral con enfoque de derechos; si así lo hacemos llegaremos a la conclusión que Argentina tuvo razones suficientes para adoptar las políticas tomadas durante la crisis y, por tanto, sí operó el estado de necesidad, que le eximiría de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales con CMS, durante el período de emergencia. Ciertamente las condiciones vividas en Argentina, desde diciembre de 2001, exigían una acción inmediata y decisiva para restaurar el orden civil y detener la caída de la economía y en suma para garantizar los derechos sociales básicos de los ciudadanos argentinos.

Concluir que una crisis económica grave como la argentina no constituye un interés esencial de seguridad sería minimizar el caos que la economía puede causar en los derechos sociales básicos de una población entera. Un Estado puede tener múltiples respuestas para proteger sus intereses esenciales que, en suma, son la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos. En tal sentido es perfectamente plausible que el Gobierno argentino haya suspendido el cálculo de las tarifas en dólares americanos y el ajuste semestral de las tarifas de acuerdo al IPP de EE. UU.,¹⁰² pues esta fue una manera legítima de proteger su sistema económico y los derechos sociales de los argentinos. De tal forma que sería del todo desatinado y contraria a la última razón que se puede esgrimir un aumento en las tarifas y en dólares.

La expedición de la Ley de Emergencia¹⁰³ fue también una medida necesaria y legítima, pues bajo esta ley –elaborada en seis días– se tomaron rápida y unilateral-

101. Es decir en suspensión de pagos o cesación de pagos, tanto de su deuda interna como externa por falta de liquidez o dinero en efectivo.

102. Además la severa devaluación del peso con relación al dólar hace necesaria la decisión de abandonar el cálculo de las tarifas en dólares así como congelar las tarifas del gas durante el período de crisis.

103. Al elaborar la Ley de Emergencia, el Gobierno argentino consideró los intereses de los inversionistas extranjeros, y concluyó que “nosotros no podíamos dejar que hubiesen segmentos de la economía que estuviesen funcionando con el esquema de economía virtualmente dolarizada que venía en crisis sino que había que discontinuar ese proceso y establecer una nueva regla general para todos”.

mente las acciones necesarias para combatir la crisis económica, ya que el tiempo era un factor importante a tener en cuenta.

Respecto al artículo IV.3 del TBI, como bien señala el tribunal, lo que hace es asegurar que las medidas adoptadas no sean adoptadas de una manera discriminatoria; en el presente caso la estrategia de Argentina fue implementar “medidas generales” y luego renegociar los contratos de servicios públicos. El error en el que incurre el tribunal, respecto a esta cláusula, es más bien de forma, pues no debió tratarlo de manera separada al art. XI del TBI, sino de manera complementaria.

CONCLUSIONES

Las conclusiones se pueden sintetizar en las siguientes:

- La redacción del laudo del Tribunal del CIADI, en el caso *CMS vs. Argentina*, es desordenada, lo que limitó su comprensión y, por ende, su reconstrucción fue complicada. Para solventar este problema –de falta de orden y claridad–, se sugiere observar la recomendación de los profesores Manuel Atienza y Alí Lozada, respecto a trazar un esquema para la redacción de la sentencia.
- El Tribunal se equivoca en su apreciación de “que [en] los aspectos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”.¹⁰⁴ Lo que está detrás de esta equivocada forma de razonar, es una determinada concepción del Derecho, que deja de lado cuestiones de carácter moral.
- Para resolver un caso son necesarias las razones que obtenemos de los instrumentos legales, jurisprudencia y doctrina de Derecho, pero también serán necesarias, en palabras de Alí Lozada, “razones no autoritativas, de índole moral”.
- Para la evaluación del caso, se debe considerar que el análisis de la crisis económica, política y jurídica por la que atravesó Argentina supone necesariamente la aplicación de una “determinada concepción moral, deliberada o espontánea, explícita o implícitamente”; y que “la moral correcta” aplicable es “una moral basada en derechos de signo igualitario”.
- El comportamiento de un sujeto es ilícito cuando, conforme al derecho internacional, constituye una violación de una obligación internacional; sin embargo, por la concurrencia de determinadas circunstancias, se excluye que el comportamiento haya sido ilícito y, por tanto, origine responsabilidad. Una de esas circunstancias es el estado de necesidad, entendido este como aquella situación

104. Ver Laudo, párrf. 121.

por la que un Estado no tiene más remedio que adoptar un comportamiento que infringe una obligación internacional para con otro sujeto internacional, en atención a la preservación de intereses esenciales del Estado.

- Es imprescindible realizar una apreciación moral basada en derechos del contexto de la situación acaecida en Argentina en esa época y de las políticas públicas diseñadas para atender a dicha situación.
- El caso CMS *vs.* Argentina es un caso difícil en materia de derechos fundamentales; para resolverlo debe necesariamente acudir al procedimiento de la ponderación, si lo hacemos tenemos que existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una solución incompatible con la del otro: la protección del derecho a la seguridad jurídica del inversionista extranjero, que exige un respeto a los derechos pactados contractual y legalmente; y el de la protección al derecho a la vivienda, que exige una congelación en las tarifas de servicios básicos esenciales, entre ellos del transporte y distribución del gas. En este caso el segundo prevalece sobre el primero.
- El Tribunal se equivoca al sostener que en “los derechos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”,¹⁰⁵ ya que la política pública mediante la cual se prohibió la subida de las tarifas –y que es la que el Tribunal juzga– se dirige a la realización del derecho fundamental a la vivienda, pues el gas es parte de este derecho, y el alza de su tarifa, en momentos en que la mitad de la población argentina estaba sumida en la pobreza, habría provocado la violación de dicho derecho.
- Cuando desde el punto de vista del derecho internacional se evalúen las políticas públicas adoptadas por un Estado, habrá que tener en cuenta que los derechos humanos son los criterios últimos de evaluación.
- Como consecuencia de su desapego al enfoque de derechos para resolver el caso, el Tribunal emite juicios pragmáticamente contradictorios; dice que si bien la crisis era grave “como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía (...) el efecto relativo de la crisis [no] permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud”. No es posible justificar simultáneamente ambos juicios, pues la primera afirmación “la crisis argentina fue grave, tanto como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que empeorara”, presupone la negación de la segunda “el efecto relativo de la crisis no permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud”.

105. *Ibid.*, Laudo, párr. 121.

- Las condiciones vividas en Argentina desde diciembre de 2001 exigían una acción inmediata y decisiva para restaurar el orden civil y detener la caída de la economía y, en suma, para garantizar los derechos sociales básicos de los ciudadanos argentinos. Por ende sí operó el estado de necesidad, contrario a lo sostenido por el Tribunal del CIADI.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 2a. ed., 1a. reimp.
- Álvarez Ávila, Gabriel, “Las características del arbitraje del CIADI”, en *Procesos: Revista Jurídica Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, No. 2, México DF, UNAM, 2002.
- Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2009, 5a. imp.
- *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 2007, 3a. imp.
- Atienza, Manuel, y Alí Lozada Prado, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2009.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2004, 2a. ed.
- Brotóns, Remiro, y otros, *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- De Velasco Vallejo, Manuel Diez, *Instituciones del derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2007, 16a. ed.
- El-Kosheri, S, *ICSID Arbitration and Developing Countries*, ICSID Rev., vol. 8, 1993.
- Escobar, Alejandro, *Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States*, vol. 11, No. 1, New York, Publicaciones del CIADI, 1996.
- Ferrer Lloret, Jaume, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1998.
- González Campos, Julio D., y otros, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Thomson Civitas, 2003.
- Lozada Prado, Alí, “Los derechos sociales en la globalización, una mirada filosófica al ‘enfoque de derechos en las políticas de desarrollo’”, trabajo presentado en el IV seminario interdisciplinar de bioética y nutrición, Alicante, Universidad de Alicante, 2009.
- Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 13a. reimp.

- Oraá, Jaime, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, Claredon Press, 1992.
- Pascual Vives, Francisco José, *El derecho de los tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Reiner, Claudia, y Christoph Schrever, *Human Rights and International Investment Arbitration*, disponible en [http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/97_h_rights_int_invest_arbitr.pdf].
- Ricaurte, Catherine, “Criterios para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CIADI”, tesis presentada para la obtención del grado de magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, diciembre 2009. Disponible en [<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/658/1/T778-MDE-Ricaurte-Criterios%20para%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20un%20Sistema.pdf>].
- Ripinsky, Sergey, *State of Necessity: Effect on Compensation*, octubre de 2007. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1546991].
- Scalese, Giancarlo, *La definitiva affermazione del principio di necessità nel diritto internazionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica srl, 2004.
- Siseles, Osvaldo, *Los tratados de protección de inversiones extranjeras. Eficacia de los mismos*, Madrid, Real Instituto Elecano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, disponible en [<http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/siseles.pdf>].
- Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Boston, Kluwer Law International, 2001.

OTROS

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, New York, UNCTAD, 2007.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Latest Development in Investor-State Dispute Settlement*, New York, UNCTAD, 2006.
- Comité DESC, *El derecho a la vivienda adecuada art. 11(1) del PIDESC*, Observación general No. 4, anexo III, 6º período de sesiones, 1991. Disponible en [[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument)].
- Naciones Unidas, Comisión de la Asamblea General, sobre la labor realizada en su trigésimo segundo período de sesiones, *Anuario CDI*, Nueva York, 1980.
- Naciones Unidas, Informe A/CN.4/SER.A/1980.

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2012
Fecha de aprobación: 14 de marzo de 2013

En memoria de María Rosario Valpuesta Fernández (1953-2013)

*Vanessa Aguirre Guzmán**

He recibido el honroso encargo de escribir unas breves líneas sobre la profesora María Rosario Valpuesta Fernández, *Rosi*, como gustaba que le llamasen. Rosario Valpuesta falleció recientemente, en marzo de 2013, luego de hacer frente durante varios años al cáncer, con valentía y sobre todo mostrándose siempre alegre y agradecida con la vida. Precisamente, resaltaba Vicente Guzmán Fluja –actual rector de la Universidad Pablo de Olavide–, Rosi supo transmitir estos valores con una fortaleza tal que a más de uno quitaba la impavidez.

Es difícil separar las aguas de lo profesional y de lo personal, más aún cuando se ha conocido y ha recibido tanto de alguien. Usualmente empezamos por conocer a las personas, fuera de nuestro seno familiar, en aquel primer ámbito. Mi acercamiento inicial al pensamiento de Rosi fue al escucharle disertar sobre “El nuevo derecho de familia”, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, con ocasión de la designación del Dr. Tito Cabezas como profesor honorario de la institución –ella misma recibiría, en julio de 2010, la misma distinción como justo reconocimiento a sus méritos–. Por aquella época, se empezaba a sentir con fuerza un movimiento de reflexión en torno al papel de la familia como institución base de la sociedad. Fuera de la impecable lógica y la gran elocuencia con que la profesora Valpuesta se expresó, debo confesar que sus ideas empezaron a mover el piso de mi formación, en este particular ámbito.

Y me refiero a este evento para intentar explicar uno de los efectos que provocaba escucharle o conversar con Rosi. Ella sostenía que la esencia de la cátedra universitaria radicaba en “mover el piso a las personas”. Y aunque muchos de los presentes en aquella ocasión estábamos conscientes –supongo– de que la familia era una institución en constante cambio, o de que el rol de la mujer iba creciendo en importancia en la sociedad contemporánea, necesitábamos que alguien nos lo recordase con fuerza, para no rehuir discusiones sobre temas espinosos: si la familia se funda únicamente en el matrimonio; si existe o no realmente libertad e igualdad entre los cónyuges; si se respeta o no a plenitud los derechos de los niños; si debe o no reconocerse a la familia de hecho; si es

* Docente de planta de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

posible o no empezar a debatir sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo; qué derechos reconocer en consecuencia a las parejas homosexuales; entre otras cuestiones.

En agosto de 2004 tuve el honor de conocerla personalmente en la Universidad Andina en Quito. Para entonces, se había incorporado como una de las coordinadoras del programa de Doctorado en Derecho –por cierto, siempre sostuvo la importancia de estos programas en la generación de pensamiento jurídico serio, como elemento transformador de la sociedad–. Yo estaba concluyendo mi especialización en Derecho Procesal, pero me interesaba cursar el doctorado en el extranjero, y le pregunté cómo podría estudiar en la Universidad Pablo de Olavide; con su habitual gracejo andaluz, me contestó “pues presenta tu postulación y ya está, te vienes para Sevilla”.

Tuve la suerte de ser admitida al doctorado que ella coordinaba en la Universidad Pablo de Olavide, y la encontré luego en 2005 en España. Me impresionó nuevamente –como estábamos acostumbrados a que, muchas veces, los y las docentes se manifestasen seres distantes– la calidez con que me recibió. Importa decirlo, porque Rosi fue una de las primeras catedráticas de Derecho y rectoras de universidad en España; fue quien impulsó la creación de la Pablo de Olavide –universidad pública, por cierto, porque ella reivindicó siempre la necesidad de mejorar ese sector– y sin embargo, nunca le conocí pose alguna, ni inconveniente en conversar con los estudiantes o cualquier otra persona, más allá de que se le permitiese fumar mientras charlaba. En lo demás, le gustaba reunirse en sitios emblemáticos de su preciosa Sevilla, para conversar no solo de Derecho sino de la vida.

Ella se preocupó siempre de guiar a los estudiantes, de promover discusión en clase y fuera de este espacio, pero también de intervenir y sembrar consciencia en otros ámbitos. Mantenía que para incidir realmente en la sociedad era preciso actuar en varios frentes. Uno de los proyectos emblemáticos que emprendió estando al frente de la Pablo de Olavide fue la creación de la residencia universitaria *Flora Tristán*, ubicada en el barrio Las Letanías –o de “las tres mil viviendas”– de Sevilla, uno de los más olvidados, violentos y pobres en España y Europa. Entendía indispensable la integración de todos los estamentos de la sociedad, y con el trabajo de los estudiantes residentes, el barrio comenzó a superar su marginación histórica, aunque falta a la fecha todavía mucho por recorrer.

La cátedra universitaria fue también, para Rosi, un instrumento de injerencia política. Sostenía que debían formarse más profesoras y doctoras, para, de este modo, *feminizar* el conocimiento. Gustaba de sacudir tradicionalismos y machismos. Y esto pasaba desde mostrarnos cómo la valoración médica de los síntomas del infarto con una perspectiva exclusivamente masculina ha ocasionado y sigue provocando –aunque sorprenda– incontables fallecimientos entre las mujeres, hasta por proponernos el reto de hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres no solo en el plano legislativo, sino en el real, en cualquier actividad que realizásemos. Algunas de sus obras

y dichos podían resultar chocantes hasta para las mujeres, y es que no acabábamos de asimilar que debíamos ser las primeras en asumirnos como agentes del cambio.

Así, entre muchas otras distinciones, recibió en 2012, con ocasión del Día de la Mujer Trabajadora, el premio *Meridiana*¹ en la modalidad “Premio especial a la trayectoria personal y profesional en Andalucía”; en esa ocasión, dijo que recibía el reconocimiento a nombre de todas las mujeres que no reciben ninguno, porque es nuestra obligación conmemorar la lucha de otras que ya no están, sea por la violencia machista, porque la vida no les dio oportunidad, o porque estando en este mundo, “se perdieron entre los peroles o en una vida cotidiana que parecía ser el cielo prometido”; y también era ese galardón para otras mujeres, que, habiendo tenido oportunidad, no pudieron aprovechar su potencial porque la visión machista y miope de la sociedad lo impidió. “Ahora más que nunca estamos en peligro”, advirtió, pues bajo la apariencia de una falsa igualdad se puede esconder un retroceso, si los avances legislativos no se palpan en la práctica cotidiana del reconocimiento y el respeto efectivo de los derechos de las personas. Bien recuerda *El País* en el obituario que le dedicara:

También fue pionera en el feminismo activo y criticó firmemente la doble jornada de las mujeres, los sueldos más bajos para igual tarea y la menor presencia de estas en cargos directivos porque, decía, todas estas circunstancias impiden el “ejercicio de plena ciudadanía”. En este sentido, reclamó la “feminización del poder” para facilitar el acceso de la mujer a los puestos donde se toman las decisiones.²

Por eso llama igualmente la atención que su dedicación en la cátedra haya estado centrada en el derecho civil, como en el derecho privado en general. A estas disciplinas suele aplicárseles el calificativo de conservadoras. Pero Rosi, con ese raro talante de encontrar virtudes y defectos en todo a la vez, advertía con gran dosis de razón que la estructura mental de un buen jurista requería conocer –y en profundidad– las instituciones del derecho civil, para luego ser capaz de recomponer el rompecabezas, pasando de un esquema clásico a otras tesituras más acordes a los tiempos actuales. Y así es como promovió al derecho de familia como rama con sus propias características; la necesidad de reflexionar sobre el rol de las mujeres en el ámbito jurídico; el papel que puede desempeñar una negociación contractual justa en la promoción de relaciones jurídicas más igualitarias. Por eso también impulsó con tanta insistencia a sus discípulos y discípulas: para que sean docentes, para que promuevan pensamiento

-
1. Véase la información completa en [<http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/premios-y-concursos/premios-meridiana>] (fecha de acceso: 2 de mayo de 2013).
 2. Raúl Limón, “Rosario Valpuesta, feminista y defensora de los vulnerables”, en *El País*, s.l., Ediciones El País, 13 de marzo de 2013. Disponible en [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/13/actualidad/1363206161_892657.html] (fecha de acceso: 2 de mayo de 2013).

y crítica jurídica, para que sean motores de los cambios legislativos y sociales. Porque Rosi no era egoísta. Creía firmemente en la renovación intelectual y generacional; en compartir conocimientos y crearlos.

Fue incansable como investigadora y como directora de tesis doctorales y tesinas; su obra como ponente en los más diversos temas abarcó tanto España como América, a la que amaba profundamente —como a su gente—, y a la que veía como una región con un enorme potencial. A lo largo de su vida, recibió numerosos reconocimientos académicos. Entre otros: profesora honoraria de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cuzco en 1988 y de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, en 2010; Medalla de Honor de la Universidad Pablo de Olavide en 2004; Doctora Honoris Causa por la Universidad Nacional de Catamarca en 2007. Coordinó numerosísimas obras, fue directora de otras, escribió varios libros y artículos. En la Universidad Andina colaboró activamente con la revista del Área de Derecho, *Foro*, con impactantes artículos como “Reflexiones de una jurista en crisis” (No. 4, 2005), donde aborda la necesidad de reflexionar acerca de la función de los juristas “como intermediadores entre la realidad jurídica y la realidad social a la que la primera se dirige”.

No he querido hacer un recuento pormenorizado de sus obras ni de sus distinciones —excepción hecha de las académicas—, o de los numerosos cargos que desempeñó en su natal Andalucía, porque siento que el mejor homenaje posible que puede entregarse a quien ya no está entre nosotros es recordarle en lo mucho o poco que pudo transformar las vidas de otros para bien. En mi caso, yo siempre diré que Rosi no solo me enseñó a mirar el Derecho, sino la vida, desde otros prismas. ¡Cuánto la extrañaremos! Pero contamos siempre con su legado y su ejemplo.

Hasta siempre, querida *Rosi*.

Colaboradores

Vanesa Aguirre Guzmán: ecuatoriana, licenciada en Ciencias Jurídicas y abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Derecho Procesal y Docencia Universitaria, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; doctora, Universidad Pablo de Olavide (Departamento de Derecho Público), Sevilla, España; Actualmente se desempeña como docente de planta de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *vanesa.aguirre@uasb.edu.ec*

Aimeé Figueroa Neri: mexicana, doctora en Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Barcelona; miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México desde el 2001. Actualmente, investigadora del Departamento de Políticas Públicas del Centro Universitario de Ciencias Económico Administrativas de la Universidad de Guadalajara, donde también coordina el Doctorado en Estudios Fiscales y el Observatorio sobre el Control del Gasto Público. *aimeefn@cucea.udg.mx*

César Montaña Galarza: ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja; especialista superior en Tributación, magíster en Derecho Económico, con mención en Relaciones Económicas Internacionales, y doctor Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente, director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *cesar.montano@uasb.edu.ec*

Juan Pablo Pampillo: mexicano, abogado egresado con honores, Escuela Libre de Derecho de México. Doctor en Derecho *cum laude* y Premio Extraordinario, Universidad Complutense de Madrid. Director fundador del Centro de Investigaciones de la Escuela Libre de Derecho. Fundador y Presidente de la Academia Internacional de Juristas para la Integración Americana. Autor de ocho libros, coautor de otros 33 y articulista con más de 40 trabajos publicados. Miembro de múltiples asociaciones profesionales y académicas. *pampillo@eld.edu.mx*

Catherine Ricaurte Herrera: ecuatoriana, abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Derecho Financiero, bursátil y de seguros, y magíster en Derecho, mención Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; profesora titular de Argumentación Jurídica y Obligaciones II, Universidad de los Hemisferios; exmiembro de la Comisión Técnica Presidencial para la construcción de la Nueva Arquitectura Financiera Regional. *katy_rh@hotmail.com*

Libia Rivas: ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista en Contratación Pública, especialista en Derecho Administrativo y especialista en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; cursante de la Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; fue asesora de la Secretaría General de la Asamblea Constituyente 2008, de la Comisión Legislativa y de Fiscalización y prosecretaria General de la Asamblea Nacional. Es abogada de la Procuraduría General del Estado y actualmente secretaria general de la Asamblea Nacional. *libriv@hotmail.es*

Claudia Salgado: ecuatoriana, abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; LLM, *cum laude*, Universidad de Notre Dame; magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; magíster en Solución de Controversias Internacionales, Universidad de Ginebra/Instituto de Altos Estudios de Ginebra. Como abogada desempeñó sus funciones en el Departamento Jurídico del Servicio de Rentas Internas y en la Procuraduría General del Estado del Ecuador. Actualmente trabaja como consultora para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *chsl7@hotmail.com*

Aníbal Sierralta Ríos: peruano, abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú; magíster en Administración, posgrado en Comercio Internacional, diplomado en Negociaciones, doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor del Centro de Altos Estudios Nacionales, CAEN, de la Maestría de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Maestría en Economía de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, UNMSM. Presidente del Consejo Consultivo de la Asociación Americana de Profesores de Derecho Internacional Privado. Ha sido consultor de la Organización de los Estados Americanos y Profesor de la Fundação Getulio Vargas (Río de Janeiro). Es presidente del Centro Internacional de Administración y Comercio, árbitro internacional, investigador visitante del Instituto Max Plank (Hamburgo), Notario de Lima. *anibalsierralta@notariasierralta.com*

Eric Tardif: canadiense, doctor en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, y catedrático en su Facultad de Derecho, a nivel de licenciatura y posgrado. Se desempeña actualmente como asesor del Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales en la Procuraduría General de la República Mexicana. *erictardif@hotmail.com*

Normas para colaboradores

1. La revista *Foro* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de Derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en soporte digital a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
Área de Derecho.
Av. Toledo N22-80
Quito - Ecuador
Fax (593 2) 322 8426
Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436
Dirección electrónica: mariajose.ibarra@uasb.edu.ec

4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:

Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office Word, con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.

La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55.000 caracteres, aproximadamente.

Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha. Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas). Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave que establezcan los temas centrales del artículo.

Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas.

No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.

Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera:

Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Por ejemplo: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

20 años

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <ealban@corpmyl.com>, <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:*

Ecuador: US \$ 35,84

América: US \$ 78,40

Europa: US \$ 89,60

Resto del mundo: US \$ 108,64

Valor del ejemplar suelto:* US \$ 10,10

* Incluye 12% del IVA.

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <ventas@cenlibrosecuador.org>

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR
Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



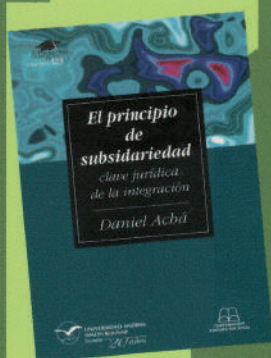
Christian Masapanta, *Jueces y control difuso de constitucionalidad, análisis de la realidad ecuatoriana*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2012.

Esta obra analiza el control difuso de constitucionalidad en Ecuador, y destaca el papel importante que asumen los actores judiciales en el control de la constitucionalidad de las normas. Para esto se sistematizan los aportes teóricos que se han realizado respecto al activismo judicial y se demuestra cómo, desde aquella perspectiva, los jueces se encuentran inmersos en el debate en cuanto a la legitimidad popular de sus actuaciones.



Sebastián López, *Del amparo a la acción de protección, ¿regulación o protección de los derechos fundamentales?*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2012.

Esta investigación está orientada a identificar cuáles son aquellos criterios que fueron invocados constantemente como óbices al control de constitucionalidad vía amparo constitucional. Un acercamiento a los actos políticos o de gobierno, los actos normativos y las decisiones judiciales nos lleva a establecer nuevos parámetros acerca del control vía acción de protección.



Daniel Achá, *El principio de subsidiariedad, clave jurídica de la investigación*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2013.

Esta investigación contribuye a sentar las bases de un esquema de subsidiariedad para la Comunidad Andina, entendida como una norma básica jurídicamente vinculante, mediante la cual se articularía el ejercicio de competencias compartidas entre los distintos peldaños del poder. El estudio busca suscitar un debate sobre la función y alcance del principio de subsidiariedad en los procesos de integración.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

20 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

