NÚMERO 8 | AÑO 6 | 2013

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

CUADERNOS DE DIFUSIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES ceiUC

III COLOQUIOS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL:
ANÁLISIS DE CASOS Y TENDENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CUADERNOS DE DIFUSIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES ceiUC

Publicación del Centro de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Alameda 340, piso cuatro, Santiago.

Tel. 23542183

E-mail: ceiuc@uc.cl

www.ceiuc.cl

Director: Juan Emilio Cheyre

Editor de contenidos: Nicolás Cobo

Coordinadora: María Fernanda Muñoz

Diseño: Orjikh Editores Limitada

Impresión: Editora e Imprenta Maval Ltda.

El presente documento reúne las ponencias realizadas por los participantes de los *III Coloquios de Derecho Internacional 2013*, que se desarrollaron en la Pontificia Universidad Católica de Chile, entre los días 9 y 10 de septiembre.

Santiago de Chile, diciembre 2013.

ÍNDICE

5 Prólogo
Juan Emilio Cheyre

7 Globalización, Pueblos Indígenas y Derecho a la Consulta
Sergio Fuenzalida Bascuñán

29 Comentarios a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador de 27 de Junio de 2012
Felipe Gordillo Corvalán

39 Pascua Lama, complejidades y proyecciones internacionales
Carmen Gloria Pérez Villar y Patricio Kamal Cury Pastene

55 Decisión de reparaciones del Caso Lubanga de la CPI: La desafiante implementación de un sistema de reparaciones en el Derecho Penal Internacional
Nadia Tapia Navarro

69 La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso Diallo y su importancia en el desarrollo jurisprudencial de la Corte en materia de derechos humanos
Paula Badilla Aceituno

77 Sentencia sobre asociación ilícita y trata de personas del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago: ¿Ejemplo de cumplimiento por parte del Estado de Chile de los tratados internacionales sobre trata de personas?
Karl Müller Guzmán

85 Proporcionalidad y Coherencia: Un Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Animal Defenders International vs. Reino Unido
Gonzalo Candia Falcón

91 La Actio Popularis Estatal En El Derecho De La Organización Mundial Del Comercio. Estudio de las Sentencias Ds27 Ce-Banano III (1996-2012) y Ds306 India - Medida Antidumping sobre las baterías procedentes de Bangladesh (2004-2006)
Méryl Thiel

105 Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 23 de mayo de 2008 "Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge" (Malaysia/Singapore)
Daniela Rivera Carmona

Prólogo

Juan Emilio Cheyre

Continuando con la publicación de los *Cuadernos de Difusión* del Centro de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Chile (CEI UC), este número estará orientado a la temática del Derecho Internacional, los desafíos y tendencia de la jurisprudencia. Al igual que los números anteriores, su contenido se origina en trabajos de investigación que distintos académicos han realizado en torno a la convocatoria de un tema que el Centro puso de relieve en una actividad vinculada a la extensión o docencia. En este caso, el desarrollo de los contenidos de este Cuaderno, se vincula a los *III Coloquios de Derecho Internacional 2013* que se desarrollaron en nuestra Universidad entre el 9 y 10 de septiembre.

En efecto, siguiendo con las convocatorias hechas el 2011 por la Universidad Alberto Hurtado y el 2012 por la Universidad de Concepción, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile invitó a los *III Coloquios de Derecho Internacional 2013*, como una forma de contribuir a la consolidación de un nuevo espacio académico nacional destinado a la reflexión, discusión y difusión del derecho internacional público, en el cual profesores, ayudantes e investigadores pudieron compartir sus trabajos y participar en un debate abierto a la comunidad jurídica.

Con ocasión de estos *III Coloquios de Derecho Internacional*, la invitación fue extendida a aquellos chilenos o extranjeros, de universidades o institutos de educación superior de cualquier área del derecho, quienes presentaron comentarios de una o más sentencias recientes que contuvieran aspectos relevantes de derecho internacional público provenientes de tribunales nacionales, internacionales o extranjeros. Dichos comentarios se refirieron a una sentencia en particular, o bien pudieron comparar dos o más sentencias relativas a un tema concreto de importancia internacional.

Los coloquios se realizaron en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. En ellos, las ponencias seleccionadas fueron expuestas en un panel integrado por tres ponentes y un moderador. Cada ponente se refirió a los hechos del caso cuya sentencia estudia; abordó las solicitudes concretas y antecedentes

jurídicos esgrimidos por las partes involucradas y efectuó un análisis sobre lo que hizo el tribunal respectivo ante tales hechos, solicitudes y antecedentes.

Terminados los *III Coloquios*, los organizadores hemos querido compartir en esta publicación algunos de los trabajos presentados a fin de contribuir al debate de temas de Derecho Internacional donde los casos analizados permiten dar seguimiento de la jurisprudencia destacando la dinámica evolución del Derecho Internacional. En esa dimensión, a no dudar, las sentencias y la interpretación de sus efectos –que se destacaron en todos los trabajos– constituyen un aporte a la comunidad científica del Derecho y permite ir generando nuevos antecedentes en la configuración de la doctrina de esta disciplina.

El momento que vivimos en Chile y en la región nos parece especialmente relevante para abordar una tarea como la que se llevó adelante en los *III Coloquios de Derecho Internacional* que hemos tratado de proyectar con este Cuaderno de Difusión. En efecto, la importancia y difusión del reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya en relación a la demanda del Perú que objetaba la existencia de un límite marítimo con Chile, como asimismo otros fallos y situaciones a nivel regional y mundial, han puesto de relevancia la necesidad de comprender más profundamente las características y complejidades del Derecho Internacional. En ese contexto, el estudio y análisis de casos, sin duda, sirve a ese propósito.

Desde esa perspectiva, en este *Cuaderno de Difusión,* se publican nueve trabajos de investigadores que analizan casos relevantes que contribuyen a los fines descritos. Todos ellos se caracterizan por contener un análisis profundo y relevante de las nuevas tendencias que muestra la jurisprudencia en diferentes tribunales internacionales y los desafíos que se están presentando en los casos que se promueven en esas cortes.

Las temáticas abordadas por los autores consideran desde asuntos de interés nacional, como casos medioambientales (Pascua Lama), pueblos indígenas y la consulta, hasta casos de impacto internacional como la Corte Penal Internacional y el caso Lubanga; la trata de personas y otras del área del comercio internacional.

Aspiramos a que este *Cuaderno de Difusión* dé visibilidad a los trabajos desarrollados en los *III Coloquios de Derecho Internacional,* donde resulta vital difundir los casos que se presentan, los cuales permitirán profundizar en el análisis que enriquece el estudio de la dinámica disciplina del Derecho Internacional.

AUTOR

Sergio Fuenzalida Bascuñán

Abogado, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, especialista en Derechos Humanos y ex consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Profesor de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Central de Chile y actual Coordinador de su Programa de DDHH. Magíster en Derecho Constitucional e Instituciones Públicas de la Universidad Diego Portales.

GLOBALIZACIÓN, PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHO A LA CONSULTA

1. CARACTERIZACIÓN DE LA GLOBALIZACIÓN

La globalización es un fenómeno complejo. Desde el punto de vista económico, Oriol Mir la ha caracterizado como: "el fenómeno actual de creciente apertura y transnacionalización de los mercados de materias primas, producción, capitales finanzas y consumo, con el consiguiente incremento drástico de la movilidad de las actividades económicas y de las empresas y la cada vez mayor interdependencia económica de los distintos países"[1].

El fenómeno encontraría su explicación en: "la paulatina supresión de las barreras naturales (como las distancias geográficas entre las distintas partes del planeta) y artificiales (como la imposición de aranceles a las importaciones) a la circulación de los bienes, servicios, capitales conocimientos y personas"[2]. Está íntimamente vinculado con las posibilidades que han abierto las tecnologías de las comunicaciones, las cuales no reconocen ninguna barrera geográfica.

El proceso de internacionalización o mundialización de la economía se remonta a los inicios de

1 De acuerdo al autor español, acompañan al fenómeno: 1) la creación de organizaciones supraestatales o el fortalecimiento de las existentes, que han ido propiciando el intercambio comercial y la supresión de las barreras que obstaculizaron tradicionalmente el comercio internacional; 2) la formación espontanea de una regulación sobre las transacciones comerciales internacionales por parte de quienes operan en el mismo al margen de los regímenes estatales (lex mercatoria); 3) el sometimiento de las disputas comerciales internacionales a árbitros internacionales prescindiendo de la jurisdicción estatal; 4) la capacidad de las empresas transnacionales para asegurar condiciones favorables a sus inversiones al interior de los países (entre otras razones por la amenaza de no invertir en aquellos que no le ofrezcan dichas condiciones) ; 5) la adopción de políticas y reglamentaciones en los Estados como condición para el otorgamiento de créditos internacionales o el ingreso a organismo multilaterales; y 6) la convergencia de distintos ordenamientos jurídicos nacionales (globalización jurídica) en la regulación de aspectos centrales de la economía y sociedad de los países. Cfr. Mir, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho: Las Transformaciones Recientes del Derecho Administrativo*. Civitas, 2004, pp. 27-28, 43 y ss.

2 *Ibid*, p. 36.

la expansión del capitalismo en las postrimerías de la Edad Media. En los últimos 130 años, sin embargo, el proceso de globalización jalonado por sucesivas revoluciones tecnológicas –que han producido una "disminución radical del espacio"[3] al reducirse dramáticamente los costos de transporte, información y comunicaciones– ha vivido un incremento sostenido (con excepción probablemente de las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial). Específicamente, a partir del último cuarto del siglo XX, la globalización ha entrado en una muy intensa "tercera fase", caracterizada por "la gradual generalización del libre comercio, la creciente presencia en el escenario mundial de empresas transnacionales que funcionan como sistemas de producción integrados, la expansión y la considerable movilidad de los capitales, y una notable tendencia a la homogeneización de los modelos de desarrollo, pero en la que también se observa la persistencia de restricciones al movimiento de mano de obra"[4].

Dentro del proceso de globalización actual se pueden identificar tres ejes dinámicos de efectos centrípetos. Estos son: "1) la centralización política y la superposición de estructuras administrativas de los Estados –entidades, instituciones– supranacionales, los Estados nacionales y las tensiones con los estados regionales o subestatales; 2) la concentración económica y la imposición de su "racionalidad", a fin de la competitividad y eficacia en la conquista de nuevos mercados y materias primas, por sobre las perspectivas políticas clásicas confrontativas en términos de alianza estatales y militares a los mimos fines; 3) la homogeneización cultural, producto y consecuencia lógica del proceso, que adquiere una gran intensidad y aceleración a partir de su fuerte articulación con la moderna tecnología disponible en los medios de comunicación masiva"[5].

A este desarrollo, sin embargo, se le oponen elementos que lo contradicen y lo tensionan como son los corrientes de resistencia al mercado mundial, las tendencias localistas, el resurgimiento de nacionalismos, así como renovados movimientos xenofóbicos y religiosos de corte integrista y racistas. Luego profundizaremos sobre ello.

La globalización, por otra parte, junto con provocar una fuerte interdependencia a nivel mundial ha venido acompañada de un fuerte desequilibrio entre las distintas zonas del mundo: "la economía mundial es un 'campo de juego' esencialmente desnivelado, cuyas características distintivas son la concentración del capital y la generación de tecnología en los países desarrollados, y su fuerte gravitación en el comercio de bienes y servicios"[6].

La ampliación de las disparidades, que ha sido una constante de la economía mundial en los dos últimos siglos, se ha acentuado significativamente en la "tercera fase" de la globalización, tanto a nivel internacional como interno. Asimetrías que se manifiestan en tres planos diferentes pero interrelacionados: 1) altísima concentración en los países desarrollados del progreso técnico, lo cual se traduce en altas rentas de innovación; 2) mayor vulnerabilidad macroeconómica de los países en desarrollo ante los choques externos; y 3) contraste "entre la elevada movilidad de los capitales y la restricción de los desplazamientos internacionales de la mano de obra, especialmente de la menos calificada", ultima asimetría que es exclusiva de la tercera fase de globalización[7].

Asimismo, la economía globalizada, altamente concentrada y competitiva, exige elevadas competencias de educación y conocimiento, lo que provoca a su vez una importante estratificación a nivel social. Proceso que, a diferencia de las etapas tempranas del capitalismo, "no es de corte clasista sino que proviene de los *status* ocupacionales adquiridos, merced a las capacidades con que se cuenta como producto de un proceso educativo cada vez más complejo, exigente y económicamente costoso[8].

Lo cual no hace sino provocar una alta exclusión

3 Cfr. CEPAL, *Globalización y Desarrollo*, 2002, p. 19.
4 *Idem.*
5 Cfr. Bercholc, Jorge, "La dinámica política y económica de la globalización. Los procesos de integración económica y supranacionalidad política". En *El Estado y la Globalización*. EDIAR, 2008, p. 20.
6 Cfr. CEPAL, *op. cit.*, p. 77.
7 *Ibid*. p. 88 y ss.
8 Cfr. Bercholc, *op. cit.*, p. 97-98.

por parte de aquellos que no pueden acceder a esos conocimientos, generándose "un nuevo modelo de estratificación social por *status* ocupacionales, relacionados con capacidades adquiridas en los procesos educativos, para dar respuesta a las demandas de un mercado laboral complejo y competitivo que requerirá cada vez mayores, especializados y sofisticados conocimientos" lo que se vincula con la cuestión "de la dualización social que provoca las nuevas categorías de exclusión –proceso de desciudanización– e inclusión social –subsistencia de la ciudadanía"[9]. Fenómeno de exclusión de importantes sectores de la sociedad que ha llevado a algunos juristas a calificar a esta marginación social como un verdadero estado de "enajenación legal"[10], lo cual puede terminar afectando agudamente la calidad del mismo sistema democrático y la misma legitimidad de las leyes.

Con la exclusión social que genera la globalización se puede terminar pagando un alto costo político. Como ha puesto de relieve Habermas a propósito de la desnacionalización de la economía y la perdida de los instrumentos que hacían posible una solidaridad social en el interior de los Estados, los "grupos pauperizados" abandonados a su suerte y con muy pocas herramientas para inducir un cambio social, impactan de manera ineluctable en la vida política al menos por tres razones: por las tensiones sociales que provocan y que se traducen en "motines autodestructivos y carentes de toda finalidad y que sólo pueden ser controlados con medios represivos", porque la miseria física y moral no puede ser encapsulada sino que necesariamente transmite su toxina a todo el cuerpo social, lo cual, a su vez, no puede sino erosionar la vocación universalista de la comunidad republicana quien adoptara sus decisiones signadas por el temor y la autodefensa[11].

Las mismas características anotadas de la mundialización, sobre todo en su aspecto económico, ha transformado al Estado en una administración en buena parte impotente. Es más, según Bauman, la misma existencia de la sociedad, como se la ha entendido hasta ahora –emparentada a ciertos lazos de reconocimiento y solidaridad– estaría seriamente resentida. Se encontraría quebrantada la "imagen de la sociedad como 'propiedad común' de sus miembros, cuyo cuidado, dirección y administración es posible concebir, al menos en principio en común: la creencia de que cualquier cosa que cada uno de los miembros haga o se abstenga de hacer es relevante tanto para la sociedad como un todo como para cada individuo en particular; así como se ha esfumado la confianza en que 'juntos podemos hacerlo' y la convicción de que hacerlo o no hacerlo hacen una diferencia, la única diferencia que en verdad cuenta". Esas imágenes y esa confianza social que se tuvo en su momento –"modernidad sólida"– encontraban un correlato en la realidad; descansaban en una cierta "reciprocidad" entre los problemas sociales y los instrumentos destinados para su resolución. Esto es lo que precisamente en el estado actual de la "organización" social faltaría: "[l]a 'sociedad', armada de los recursos del Estado-nación, podía equilibrar las cuentas y garantizar el grado de seguridad que sus miembros requerían para ejercer su libertad, [lo que] no parece ser el caso en un mundo que se globaliza aceleradamente, en que el poder está siendo evacuado de la política, y en el que las únicas agencias de acción colectiva que fueron descubiertas o inventadas en el transcurso de la historia de la democracia moderna ya no pueden controlar o siquiera poner freno a los factores decisivos que determinan las condiciones en que los individuos llevan adelante sus vidas"[12].

Estaríamos, por lo mismo, frente a un fenómeno de crecientes libertades individuales pero acom-

9 *Ibid*. p. 126.

10 Para Gargarella este estado de enajenación está caracterizado por "aquellas situaciones extremas donde los ciudadanos no pueden identificarse con la ley, que ellos no crearon ni pudieron desafiar razonablemente, y frente a la cual sólo quedan ocupando el papel de víctimas. En tales contextos, en definitiva, la ley comienza a servir objetivos contrarios de los que justifican su existencia y que de cumplirse, nos habrían permitido decir que vivimos en libertad, como dueños de nuestras propias vidas". Cfr. Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social.* Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008, p. 27 y 28.

11 Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, PAIDOS, 1999, p. 100-101.

12 Bauman, Zigmunt, *La sociedad sitiada*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 66-68.

pañadas por una también creciente sensación de "impotencia pública". El énfasis estaría puesto en la constitución del individuo y su identidad, con la consiguiente responsabilidad estrictamente personal e intransferible por el éxito o el fracaso en la vida, en el establecimiento de una autonomía *de jure*, pero acompañado por la desatención casi completa de la esfera de lo público, del ejercicio de una "libertad positiva", *de facto*, que posibilite entre todos, mediante una deliberación en el ágora, la elección de aquellas condiciones sociales en que se puede desarrollar la vida humana.

Esto tiene un correlato claro en la forma en que actualmente se ejerce el poder político. En estos días, nos dice el mismo Bauman "el arte de la administración consiste cada vez más en negarse a administrar y en dejar aquello que antes era objeto de administración librado a 'propio equilibrio' como las divisas en los actuales mercados desregulados"[13]. El creciente y descontrolado poder de "las entidades económicas *holding* y corporaciones multinacionales han invertido la relación y tienden a prescindir de los Estados nacionales, desde que cuentan con mayor poder económico y por ende político que los mismos"[14]. Estas entidades dirigen sus estrategias comerciales desatendiendo e inclusive contradiciendo los intereses nacionales, y pueden llegar a obligar a las agencias estatales a doblegarse a sus intereses con peligro de convertir al mundo en un "gran mercado comercial", en donde "los Estados y sus fronteras políticas y jurídicas resultan un estorbo para las necesidades financieras y económicas del capitalismo posindustrial"[15].

Todo lo cual, a su vez, en un juego de mutuas implicancias, ha venido a sacudir la legitimidad del Estado[16]. Toda la lealtad a la "comunidad imaginada" que profesaban los ciudadanos y que supo acopiar el Estado-nación a lo largo de su historia, ahora, producto de la pérdida de la soberanía estatal, obligando a la soberanía estatal a moverse "por fuerzas exteriores y no por preferencias democráticamente expresadas de sus propios ciudadanos, ha perdido la mayor parte del atractivo que presentaba en el pasado en calidad de ámbito para la inversión segura y provechosa"[17], donde los ciudadanos podían depositar sus esperanzas para una mejora en las condiciones colectivas de vida. Por lo mismo, la idea de la nación fundida en un sistema de gobierno, la concepción del Estado como expresión jurídica de la comunidad nacional que reclamaba y obtenía una lealtad indiscutida –que frente a sus intereses, los demás eran sólo "particularismos"– ha perdido claramente su lugar y han entrado a disputar al ruedo identidades que reclaman para sí niveles crecientes de reconocimiento y autonomía: "la escuálida soberanía y los menguantes poderes del Estado con el que había desarrollado en el pasado una 'relación especial' privan a la identidad nacional de la posición de privilegio que tenía entre las comunidades imaginadas y que podrían servir de punto de encuentro para intereses difusos y diversos, y como espacio para que se condensaran y dieran lugar a las fuerzas políticas"[18]. Las otras comunidades imaginadas ha entrado a hacerle una fuerte competencia al Estado.

Con ello, es el ámbito sociocultural del ejercicio de la ciudadanía, como se había venido ejerciendo hasta ahora, lo que se ha fracturado con la descomposición del Estado-nación. Como ha destacado Habermas, la autocomprensión nacional en las sociedades modernas permitió configurar un contexto cultural donde los súbditos pudieron pasar a ser ciudadanos y con ello se hizo posible el establecimiento de Estados democráticos. La sustitución de los regímenes autárquicos no hubiera sido posible "si el pueblo, que hasta entonces había sido definido desde arriba de una manera autoritaria, no se hubiera convertido, de acuerdo a su propia autocomprensión, en una nación de

13 *Ibid*. p. 47

14 Cfr. Bercholc, *op. cit.* p. 43

15 Cfr. Ortiz, Tulio, "De la Globalización y su impacto en los estados modernos", en *El Estado y la Globalización*, *op. cit.*, p. 157.

16 Merma en la legitimidad estatal que está fuertemente acompañada por la pérdida de un relato histórico en donde confluya una "comunidad nacional" que justifique y le brinde a la legalidad estatal un apoyo sociológico. Ver, Girotti, María Cristina, "Globalización, constitucionalismo, poder constituyente, democracia y DDHH", en *El Estado y la Globalización*, *op. cit*. p. 251 y ss.

17 Cfr. Bauman. *op. cit*. p. 17.

18 *Ibid.* p. 21.

ciudadanos conscientes de sí mismo"[19]. Las ideas abstractas de soberanía nacional y derechos humanos no eran suficientemente movilizadoras, se requería una idea que llegara al alma, y esa idea fue la de nación. Ella fue la que hizo tomar conciencia de una pertenencia compartida: "la sola la conciencia de pertenencia al "mismo" pueblo, convir[tió] a los súbditos en ciudadanos de una única comunidad política: en miembros que pueden sentirse responsables *unos de otros"*[20].

La nación suministró así "un sustrato cultural a la forma estatal jurídicamente constitucionalizada"[21].

En consecuencia, la pérdida de ámbito de reconocimiento mutuo y de la agencia capaz de implementar lo decidido en común, trae ondas consecuencias para la vida en común: la declinación de lo político y la separación de éste del poder. El poder se fuga de la política, lo absorben los conglomerados económicos, por lo mismo se hace extraterritorial y se descontrola. Las decisiones públicas se siguen tomando pero depende de elementos ajenos a la comunidad donde se aplican. La vida sigue dependiendo del espacio común, pero este no es controlado por quienes lo habitan. Como dice Bauman "mientras los agentes tradicionales ya no son capaces de llevar a cabo ninguna acción eficaz, los agentes verdaderamente poderosos y con recursos se han ocultado y operan fuera del alcance de todos los medios tradicionales de acción política, especialmente fuera del alcance del proceso de negociación y control democrático centrado en el ágora. Estos nuevos agentes celebran su independencia y autonomía del ágora. Su presencia en ella no le ofrece ningún beneficio, pero su ausencia de ella los favorece. La regulación normativa no les ofrece ninguna ventaja y, por lo tanto, no necesita del ágora; pero si los beneficia tener las manos libres y por eso hacen todo lo posible para mantenerse a distancia del ágora y para quedar ocultos de la vista de la multitud allí reunida"[22].

En este contexto, un aspecto clave a considerar, y que marca una diferencia fundamental con el tipo de "economía nacional" afincada en los límites estatales que caracterizaban al mundo moderno, es la desvinculación de la economía con el territorio estatal en donde ejerce su soberanía. Al decir de Grossi, la economía expansiva y las técnicas info-temáticas funcionan como dos potencias desterritorializadas que se refuerzan mutuamente[23]. Constituyen ambas un "espacio virtual" y por lo mismo, resultan poco aptas para la política, al menos como se ha ejercido hasta ahora. La política se ha afincado hasta ahora en territorios, en entes soberanos, por lo que globalización en este contexto se vuelve sinónimo de desterritorialización y, por lo mismo, de desestatalización del derecho. El capital, nos vuelve a decir Bauman, ha escapado del marco ético-legal que le imponía crecientemente el Estado-nación para albergar en un espacio extraterritorial, desde el cual puede actuar sin restricciones de ningún tipo[24].

Hemos transitado, por lo mismo, de un tipo de poder que se afincaba y se expresaba en un territorio, a un poder que precisamente se realiza y se despliega en un "espacio de nadie". De ahí la gran paradoja que se da entre unas formas que hemos inventado de control soberano, que son locales, frente a un poder que excede de todo aquello y que, por lo mismo, lo envuelve y lo hace fútil. El resultado "es un mundo en que el *poder* fluye en el espacio *global* fuera de todo control y del alcance de las instituciones, mientras que la *política* sigue siendo tan *local* como siempre", y en donde, por la misma razón, el poder se pone fuera del alcance de la política, a diferencia de cómo hasta ahora se había ejercido el poder (siempre sobre un territorio determinado).

Por lo mismo, la vieja triada del derecho moderno que se sostenía en el Estado, la ley y el territorio, se ha fracturado. El monopolio y el exclusivo control estatal sobre la producción del derecho se han vuelto obsoletos. Junto al derecho estatal, se conforma ahora una red de centros de producción

19 Habermas, *op. cit.*, p. 89.

20 Habermas, *op. cit.*, p. 88-89.

21 *Idem*.

22 Cfr. Bauman, Zigmunt. *En busca de la política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 108.

23 Ver, Grossi, Paolo. *De la Codificación a la Globalización del Derecho*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 384.

24 Bauman, Zigmunt, *La sociedad sitiada*, *op. cit.*, p. 103.

jurídica que articula sobre la marcha los intereses privados de quienes interactúan en la economía transnacional. El derecho que nace bajo esta nueva realidad, es un derecho, por lo mismo, esencialmente autónomo y se aparta de los trillados caminos del derecho nacional e internacional porque no le es funcional. Sólo rinde cuentas a la eficacia. Nace y se adapta al fragor de la propia práctica económica y al margen de la voluntad de entes soberanos. Por ello desbarata todas las jerarquías y crece como una telaraña sin un centro. Se funda en la capacidad de responder y adaptarse a las exigencias de la vida cotidiana; aborrece la rigidez; es dúctil y se articula más en principios que en reglas[25].

Como es obvio, todo este fenómeno ha traído como consecuencia "la progresiva erosión del Estado-Nación como espacio territorial y social en el que se adoptan de forma libre e independiente las decisiones políticas fundamentales y se elaboran de manera autónoma las normas jurídicas independientes; [y ha significado] la crisis, en definitiva, de la noción de soberanía, de soberanía estatal […]. Erosión del poder estatal que ha cedido a favor de dos grandes tipos de sujetos de ámbito supraestatal, de carácter privado el primero y público el segundo: las grandes empresas transnacionales y las organizaciones internacionales o supranacionales"[26]. El Derecho, en consecuencia, encuentra su origen cada vez menos en el Estado, trasladándose en favor de las instancias supraestatales, públicas o privadas.

Paralelo a esta licuación de las fronteras estatales por los factores externos, el mismo Estado y orden jurídico ha sufrido un ataque desde su misma base. Paradójicamente, a las fuerzas que vienen de afuera se unen ahora los impulsos internos que se creían ya superados. Reemergen los localismos, las autonomías regionales, las reivindicaciones indígenas. Todo lo que se creía derrotado por la gigantesca empresa nacional; el origen, multicultural y heterogéneo, que el mismo Estado moderno pretendió renegar en función de una aparente unidad sociológica, vuelve a despertar.

25 Ver, Grossi, *op. cit.*, p. 383 y ss.

26 Cfr. Mir, *op. cit*., p. 37.

Por ello es que el fenómeno actual que se designa como globalización es más que un proceso que desbarate las fronteras estatales desde fuera. Junto con ello y como en una especie de compensación, ha hecho resurgir los localismos y las demandas de reconocimiento de los pueblos que existen al interior de los Estados. Por ello, como proceso total, hay quienes lo designan como "glocalización"[27], para dar cuenta de la combinación de las dos fuerzas (globalizantes y localistas) que han alterado tan significativamente la composición clásica del Estado-Nación.

El fenómeno de la globalización, o glocalización, por lo mismo, exige pensar bajo nuevos paradigmas y avanzar en modificaciones importantes en las institucionales y estructuras del poder estatal y también supranacional. Pensar, por ejemplo, las implicancias de los reconocimientos constitucionales e internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, y/o el desarrollo de los procesos de descentralización del poder estatal[28]. Como dice Bercholc, a las fuerzas centrípetas de la supranacionalidad económica, encarnada por la Unión Europea, y que responde básicamente a necesidades económicas de eficiencia y funcionalidad que reclaman instancias de decisión centralizadas, se le oponen "la fuerza centrífuga de la regionalización y descentralización por la que pugnan las regiones subestatales buscando la preservación de las entidades socioculturales y la participación democrática en el proceso de toma de decisiones". Ello produce una "fuga de potestades y de poder político para los Estados Nacionales por arriba y por abajo", cuestión que sin duda constituye una de las fuentes de conflicto político más eminentes y donde se "dirimirá gran parte de la ingeniería política futura"[29].

27 Una explicación sobre el término en Carbonell, Miguel, "Globalización y derecho: algunas coordenadas para el debate". En la web: http://www.miguelcarbonell.com/articulos/Globalizaci_n_y_derecho.shtml. También, en relación al "policentrismo jurídico" ver: Pampillo, Juan Pablo, *La integración Americana, expresión de un nuevo derecho global*. Editorial Porrúa, 2012. pp. 68-69. En relación al derecho administrativo, Cfr. Mir, *op. cit*., p. 76.

28 Cfr. Mir, *op. cit.*, p. 75 y ss.

29 Cfr. Bercholc, Jorge, *Temas de Teoría del Estado*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 158.

2. GLOBALIZACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS

La globalización, como señalamos atrás, se caracteriza como un fenómeno signado por la desterritorialización, con la consiguiente pérdida de eficacia de la política frente a un "capital nómada" que se regula bajo sus propios términos e intereses. Por lo mismo, la capacidad de autodeterminación sobre lo que es común a todos, en el espacio estatal y nacional en que se debatía y se decidía estas cuestiones, ha perdido significativamente su importancia. La agencia originalmente capaz de implementar las transformaciones sociales se ha vaciado en buena parte de su significación y se ha vuelto estéril. En un sentido similar la misma sociedad, como una instancia de mutuo reconocimiento y de organización de la convivencia, se ha desdibujado y en parte se ha transformado en un mercado de transacciones e intercambios de los más diversos efectos.

Frente a esto, de modo paralelo, se ha ido gestando un importante proceso de autoconciencia étnica en los pueblos indígenas que ha encontrado un amplio respaldo a nivel del derecho internacional de los derechos humanos y de los derechos consagrados a nivel nacional.

Este catálogo de derechos, crecientemente reconocidos en favor de los pueblos indígenas, es una expresión palpable de la corriente paralela a la globalización que ha encontrado en la autodeterminación y en la afirmación de los derechos territoriales su propio horizonte político. Así, las características que hemos identificado de la organización actual de la economía, el poder y la política globalizada, encuentran una contracara muy marcada en la demandas de los pueblos indígenas y en los derechos que se les han ido reconociendo.

Junto a la erosión que ha sufrido la soberanía del Estado-nación, como única comunidad que reclamaba la lealtad de sus integrantes y que podía reivindicar con exclusividad el derecho a la autodeterminación, se resignifica ahora el derecho a la libre determinación haciéndolo aplicable a los pueblos indígenas que habitan en los territorios de los Estados[30]. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que expresa el consenso mundial sobre esta materia, dispone explícitamente que "los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, [en cuya virtud] determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural"[31].

De este modo, se les ha venido reconociendo un estatus a dichos pueblos que los convierten en sujetos de derecho y titulares de un denso entramado jurídico. Partiendo del derecho a "pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate"[32], se les ha reconocido un derecho autónomo "a la identidad cultural" como "un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática"[33].

Junto a ello se les ha reconocido, como parte integrante de su identidad cultural, el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras o territorios. Ello bajo el entendido que "los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación". Con la aclaración

30 Esta aplicación del principio de la autodeterminación colectiva se ha aplicado explícitamente para el caso de los pueblos indígenas. Tanto el Comité sobre Derechos Civiles y Políticos como el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, por su parte, aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 2 de octubre de 2007, consagra expresamente en su artículo 3 que: "[l] os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

31 Cfr. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 3.

32 Cfr. *Ibid*. artículo 9.

33 Cfr. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, §217.

que el término "tierras" debe "incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"[34] lo cual, entre otras cosas, implica un deber especial de protección de "los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras", derechos que comprenden las facultades de "participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos"[35].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, siguiendo este mismo desarrollo normativo ha señalado en sus sentencias, entre otras cosas, que (1) los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios y la estrecha relación que mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica[36]; (2) la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras[37], y; (3) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado y ello otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad y su consiguiente registro[38].

Y en relación al desarrollo y los pueblos indígenas, se erige la titularidad de un derecho a "decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural". Asimismo, se les reconoce el derecho a "conservar y desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas", a "conservar sus costumbres e instituciones propias, que sean compatibles con los derechos fundamentales", e incluso a aplicar sus métodos tradicionales "para la represión de los delitos cometidos por sus miembros", "en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos"[39].

De este modo, es notorio como los términos establecidos por los estándares de los derechos humanos en relación a los pueblos indígenas se cruzan con todos los tópicos que hemos tratado en relación a las características de la globalización. Frente a la desterritorialización de la economía, y la posibilidad de inversión en cualquier lugar

34 Cfr. OIT, Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 13.

35 Cfr. *Ibid*. artículo 15. Por su parte el artículo 26 de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas dispone que: "1) Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. 2) Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3) Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate".

36 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, §149. También, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, §131.

37 *Ibid*. §149.

38 Cfr. Corte IDH. *Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, §128. Por su parte, la institución del título indígena ha encontrado también acogida en la jurisprudencia de los países de *Common Law*. Por ejemplo, la Corte canadiense le llama "título aborigen" y la Corte australiana "título nativo", pero ambos se refieren a la misma institución jurídica. La sentencia dictada en el caso *Mabo vs. Queensland* (Australia) reconoce la propiedad indígena de la tierra y su título tradicional, mientras que en la sentencia dictada en el caso *Delgamuukw vs. British Columbia* (Canadá), la Corte Suprema canadiense reconoce explícitamente "el título aborigen" a la tierra. La Corte canadiense encuentra la explicación del título indígena, así como de todos los derechos indígenas, en su carácter *sui generis*. Ver, Aguilar Cavallo, Gonzalo. "El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno" en *Ius et Praxis*, 2005, vol.11, no.1, pp. 269-295. [en línea]. Publicación de Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales [ref. 3 de abril de 2009]. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100010&script=sci_arttext

39 Cfr. OIT, *op. cit*. artículos 7, 8 y 9.

del mundo, se afirma un derecho al territorio y a la utilización administración y conservación de los recursos naturales. Ante un deteriorado ejercicio de la libertad positiva, se resignifica el derecho a la autodeterminación y se hace aplicable explícitamente a los pueblos indígenas. Ante el desvanecimiento de la sociedad nacional, como instancia de reconocimiento y solidaridad mutua, se releva la identidad cultural de los pueblos indígenas como un derecho autónomo e íntimamente vinculado con la libertad colectiva y el uso de un espacio territorial. Por último, frente a la pérdida de la ciudadanía se erigen, como vamos a detallar más adelante, el derecho a la participación y a la consulta sobre aquellas materias susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Pero esto evidentemente no es casual. El mismo fenómeno de la globalización ha traído consigo una fuerte presión sobre los recursos naturales, muchos de ellos situados en territorios indígenas antes escasamente valorados, lo cual ha implicado una importante resistencia de esos mismos pueblos a la ocupación y utilización de sus territorios y hábitats. Como ha puesto de relieve la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "los mega-proyectos de infraestructura o desarrollo, tales como carreteras, canales, represas, puertos o afines, así como las concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestrales, pueden afectar a las poblaciones indígenas con consecuencias particularmente graves, ya que ponen en peligro sus territorios y los ecosistemas que allí se encuentran, por lo cual representan un peligro mortal para su supervivencia en tanto pueblos, especialmente en los casos en que la fragilidad ecológica de sus territorios coincide con su debilidad demográfica (…) Así, las concesiones extractivas en territorios indígenas, al poder causar daños ecológicos, ponen en peligro los intereses económicos, la supervivencia y la integridad cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros, además de afectar el ejercicio de sus derechos de propiedad sobre sus tierras y recursos naturales. Las actividades de las empresas madereras en territorios de pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, son altamente destructivas y producen daños masivos en el bosque y sus funciones ecológicas y culturales, causando polución del agua, pérdida de la biodiversidad, y afectación espiritual del bosque en detrimento de los pueblos indígenas y tribales"[40].

Así, el desarrollo de muchos proyectos económicos típicos de la globalización, pone en jaque la supervivencia indígena. No hay que olvidar al respecto que el primer caso que conoció la Corte Interamericana en materia indígena refería precisamente a una concesión sobre tierras indígenas para la explotación forestal por una empresa coreana[41], y la última de esas sentencias refiere a concesiones de exploración petrolera otorgada en Ecuador a un consorcio que integrado con capitales argentinos[42].

Por otra parte, como se dijo atrás, la irrupción de la identidad de los pueblos indígenas y el reclamo de derechos específicos dentro de los territorios de los Estados en que viven, es correlativo a la desestructuración que ha sufrido la nación como referente comunitario y político. Al fragor del debilitamiento de la "comunidad imaginada" nacional resurgen y claman por sus derechos los antiguos pueblos indígenas dentro de aquellos Estados que tanto hicieron por silenciarlos. Cuando ya todos se habían olvidado, el hijo negado regresa para exigir su herencia y todos nos vemos en la necesidad de volver a prorratear nuestra fortuna.

3. LA SUPERVIVENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UNA CUESTIÓN GLOBAL Y LOCAL

La globalización ha tenido profundas implicancias para el derecho. En referencia especialmente a lo económico, la creación del derecho se ha

40 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA, 2009, pp. 86 y 87.

41 Ver, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*.

42 Ver, Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.*

desnacionalizado tomando, por un lado, una dinámica autónoma, donde son los propios agentes económicos los que han ido configurando un derecho para ajustar sus relaciones comerciales y financieras y, por otro lado, supranacional donde se han erigido organismos supraestatales con capacidad para dictar normas de carácter imperativo a los estados miembros que regulan las inversiones y demás normas que disciplinan la actividad económica en dichos países (verbigracia, Unión Europea). El fenómeno en consecuencia se ha traducido en: 1) la creación de organizaciones supraestatales o el fortalecimiento de las existentes, que han ido propiciando el intercambio comercial y la supresión de las barreras que obstaculizaron tradicionalmente el comercio internacional; 2) la formación espontánea de una regulación sobre las transacciones comerciales internacionales por parte de quienes operan en el mismo al margen de los regímenes estatales (lex *mercatoria*); 3) el sometimiento de las disputas comerciales internacionales a árbitros internacionales prescindiendo de la jurisdicción estatal; 4) la capacidad de las empresas transnacionales para asegurar condiciones favorables a sus inversiones al interior de los países (entre otras razones por la amenaza de no invertir en aquellos que no le ofrezcan dichas condiciones); 5) la adopción de políticas y reglamentaciones en los Estados como condición para el otorgamiento de créditos internacionales o el ingreso a organismos multilaterales; y 6) la convergencia de distintos ordenamientos jurídicos nacionales (*globalización jurídica*) en la regulación de aspectos centrales de la economía y sociedad de los países[43].

Junto con aquello, en una materia distinta, la de los derechos humanos, se ha venido configurando un creciente derecho internacional que de manera *descendente*[44], a partir de los tratados internacionales que en la materia se han celebrado, los Estados han ido sujetándose a un estatuto universal de derechos en favor de las personas.

Son tratados distintos de los clásicos, que tradicionalmente se celebraban entre los países, y por lo mismo, tienen un alcance global. Los tratados de derechos humanos son celebrados por sujetos distintos de los titulares y beneficiarios de los derechos que consagran. Por lo mismo, las "obligaciones asumidas no son recíprocas o conmutativas entre las partes contratantes, por no haber intercambio de prestaciones: sino que todas las partes asumen el mismo tipo de obligaciones de naturaleza objetiva e invocables ante ese Estado por cualquier individuo"[45]. En consecuencia, no cabe aplicar en relación a estos tratados el principio de reciprocidad: el incumplimiento de una de las partes no sirve como justificación para el incumplimiento de la otra.

Como ha destacado la doctrina y la jurisprudencia internacional, los tratados internacionales de derechos humanos, tienen características propias que los diferencian de otros tratados celebrados entre los estados para regular, por ejemplo, sus relaciones comerciales, fronterizas u otras. En unos, los tratados clásicos, prima el interés particular de cada Estado que los lleva a pactar acuerdos con otros en beneficio mutuo. La voluntad y los intereses de los estados contratantes son la medida de la existencia y alcance de estos acuerdos, y dan origen a derechos y obligaciones mutuamente exigibles en el ámbito de sus relaciones internacionales.

Los tratados de derechos humanos, por su parte, conforman un verdadero orden público internacional, en razón del plexo de valores, principios y normas que los Estados adhieren con la suscripción de esos pactos. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, en ellos "los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención".

43 Cfr. Mir, *op. cit.*, p. 27-28, 43 y ss.

44 Respecto de este fenómeno *descendente* de la transnacionalización del derecho constitucional Cfr. Pizzolo, Calogero, "La fase descendente del derecho constitucional transnacional. La constitución frente a la integración internacional y el derecho internacional de los derechos humanos". En *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*, Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico (Directores), Editorial Eudeba, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2012, pp. 378-381.

45 *Ibid.* p. 379.

"En consecuencia, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones", agrega el mismo Tribunal[46].

Asimismo, como lo ha puesto de relieve Bidart Campos, lo que caracteriza y distingue a los tratados de derechos humanos de los tratados clásicos o comunes (los cuales se desenvuelven en el ámbito internacional), es que precisamente los primeros "tienen como objetivo cumplirse y hacerse efectivos en la jurisdicción interna del estado". En razón de los principios de buena fe en su cumplimiento y de interpretación conforme a su finalidad, esos tratados no sólo obligan al Estado respectivo internacionalmente sino que también, y principalmente, obligan al Estado a nivel interno[47] ya que de otro modo se incurriría en "una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico"[48]. Lo cual no es sino una consecuencia de lo dispuesto por las normas citadas de la Convención de Viena que consagran el principio *Pacta sunt Servando* y la proscripción de invocar disposiciones del derecho interno como justificación para el incumplimiento de normas de los tratados.

Por todo lo anterior, es que se puede sostener que el proceso de globalización también ha tenido una expresión a nivel de los derechos humanos, en una suerte de globalización de los estándares que se han ido fijando en las distintas y amplias materias abarcadas por los tratados internacionales, declaraciones, jurisprudencia, costumbre, doctrina y demás fuentes de derecho internacional[49]. Lo que ha tenido una enorme repercusión práctica a través de los distintos mecanismos que consagran los tratados internacionales para vigilar el cumplimiento de los tratados a nivel internacional, incluso condenando a los Estados cuando se transgreden esos derechos (cuando ellos han reconocido jurisdicción a los tribunales internacionales). Pero también, y esto es fundamental, en la respuesta de los propios órganos de gobierno

46 Opinión consultiva CID Recueil 1955, p. 23, citado en Nogueira Alcala, *op. cit.*, p. 91. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha destacado la naturaleza diversa de los tratados de derechos humanos a los de tipo tradicional. Dice la Corte:

> La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró
>
> > que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes (*Austria vs. Italy,* Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, p. 140).
>
> La Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además:
>
> > que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho (*Ibid*., p. 138).

Cfr. Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, §29

47 Bidart Campos, Germán. *La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos.* Buenos Aires: Editorial EDIAR, 1994, pp. 78-79.

48 Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos*, Buenos Aires: Fundación de Derechos Administrativo, 2005, pp. II-25.

49 Sobre las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, ver Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universales e interamericano*. pp. 27-86.

locales, quienes muchas veces han adaptado su legislación y actuaciones a los parámetros entregados por las fuentes internacionales de los derechos humanos, y en las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales quienes han aplicado esas normas para asegurar la debida protección de los afectados y el restablecimiento del derecho amenazado o conculcado.

En materia de derechos de los pueblos indígenas, el proceso ha tenido lugar en virtud del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos, en el caso de la mayoría de los estados latinoamericanos[50], por la ratificación e implementación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y por la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[51]. Además, la doctrina que se ha venido asentando en los diferentes comités de vigilancia de otros tratados de derechos humanos, han dado una interpretación amplia de sus normas al amparo de la situación especial de los pueblos indígenas. También, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue un instrumento en cuya creación tuvo una activa participación la dirigencia indígena[52], ha reflejado el compromiso internacional sobre la materia y marca un referente para los órganos internacionales y locales.

Por otro lado, los mismos tribunales internos progresivamente han incorporado esos estándares en sus sentencias de modo tal que factores como la defensa de sus territorios y la consulta frente a decisiones administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente ha encontrado creciente reconocimiento y aplicación[53]. Paradójicamente, la desterritorialización que se alza como una característica de la globalización, y la posibilidad del capital de invertir en proyectos económicos en cualquier lugar del mundo, sobre todo en relación a la extracción de recursos naturales, ha traído consigo una normatividad y una conciencia política reforzada de defensa del territorio, de la autonomía local frente a proyectos económicos que se enmarcan en la economía global.

Esto asimismo ha tenido un reflejo que va más allá de la explotación de los territorios indígenas. En el caso chileno, por ejemplo, se ha levantado un reclamo general por una mayor descentralización del poder estatal y por una mayor equidad territorial en el país. Ello se originado en buena parte por el emplazamiento de proyectos de inversión, en su mayoría destinados a la extracción de recursos naturales, en las regiones o localidades donde esos recursos están ubicados pero que no terminan beneficiándolos, sino que por el contrario "la mayor parte de las ganancias de tales actividades benefician a Santiago, en tanto que los costos sociales y ambientales quedan en las localidades en que se ubican"[54]. De ahí el reclamo de las comunidades locales por mejores mecanismos de participación ciudadana y de una legislación que permita, por un lado, compartir los beneficios de las actividades que ahí se desarrollen y, por otro lado, una compensación integra de los daños causados por las actividades ahí desarrolladas[55].

De ahí que a la *desterritorialización* de la economía, y la pérdida de las facultades del Estado para ordenar dicha economía, se coteje una fuerte interpelación al poder político por implementar formas de ordenamiento territorial que superen lo meramente administrativo y que responda a las

50 Ver, Barié, Cletus, P*ueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama*. Disponible en: http://www.acnur.org/paginas/?id_pag=7562

51 Ver, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *op. cit.*

52 Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo. "La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: cómo se hizo realidad y qué nos anuncia". *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. IWGIA, 2009, pp. 10 a 15.

53 Ver, Galvis, Clara y Ramírez, Ángela. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Disponible en: http://dplf.org/sites/default/files/digesto_indigenas_web_final.pdf

54 Cfr. Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile 2013. Disponible en: www.indh.cl/informe-anual-situacion-de-los-derechos-humanos-en-chile-2013#sthash.PDxHqNA5.dpuf

55 *Ibid.* pp. 34-35.

obligaciones del Estado consagradas en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, como son el goce igualitario de los derechos, la participación en la decisión de los asuntos públicos y el derecho a acceder a los beneficios del desarrollo[56]. En relación con ello se erige el principio de subsidiariedad como un principio clave, en virtud del cual "las autoridades elegidas que están más próximas a los ciudadanos deberán desempeñar las responsabilidades públicas"[57]. Con ello se busca vincular más estrechamente las respuestas públicas a las necesidades locales, ganado en pertinencia y eficacia, y también empoderar a las comunidades para hacer posible una mayor participación de ellas en las decisiones comunes y un mayor control sobre el ejercicio del poder político[58]. Sobre esto volveremos al final de este trabajo.

4. EL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO COMO CLAVE PARA LA SUPERVIVENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Frente a los graves desafíos que impone la lógica de la globalización, especialmente en relación a la pérdida de la capacidad de autodeterminación colectiva y al debilitamiento del Estado como una agencia capaz de implementar decisiones comunes, como lo tratamos al principio de este trabajo, se erige una normatividad en materia de pueblos indígenas que precisamente abunda en mecanismos que atienden a su valoración como grupos diferenciados y que estatuyen un deber especial para "los gobiernos [de] asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad"[59].

Un aspecto clave en ese entramado jurídico de protección especial para los pueblos indígenas es el derecho de consulta, el cual se erige como una pieza central dentro del tratado de la OIT. Se inscribe dentro del derecho a participación de los pueblos indígenas y forma parte de un diseño institucional encaminado a permitir a los pueblos indígenas conservar su carácter diferenciado en esferas de decisión que van más allá de su ámbito de decisión autónoma. Por lo mismo, supone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir sus términos de relación con otros grupos humanos. Por eso constituye una norma "primordial" del tratado, junto con los derechos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (autogobierno).

La OIT ha dicho que el espíritu de consulta y participación constituye la verdadera piedra de toque o angular del Convenio en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo. Ello tiene su fundamento en el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente. Como ha dicho en actual Relator de la ONU sobre la materia, James Anaya, "el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unila-

56 Ver, artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto DES, y artículo 1º del CADH. También artículos 25 del Pacto de Derechos Civiles y 23 del CADH. Asimismo, artículos 11 y 28 del Pacto DESC y artículo 26 del CADH.

57 Cfr. ONU-Hábitat, Directrices internacionales sobre descentralización y acceso a los servicios básicos para todos. p. 10.

58 Ver, Bercholc, Jorge, "Los procesos de descentralización en sistemas políticos democráticos en vías de consolidación". Disponible en: https://mail.google.com/mail/u/0/#search/bercholc/13f68f315cb0c25f

59 Cfr. OIT, *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo*, artículo 2.

teralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso"[60].

El derecho a la consulta ha sido caracterizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia como un verdadero derecho fundamental para los pueblos indígenas. Ha señalado a propósito de la explotación de recursos naturales dentro una comunidad indígena que "[l]a participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social". De ahí que "la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados (...), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades"[61].

Asimismo, la Corte Interamericana ha señalado que "el reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (…), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática"[62]. Por lo mismo, "una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medida que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio Nº 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios"[63]. Derecho que no sólo encuentra un fundamento convencional sino que además constituye "un principio general del Derecho Internacional"[64].

Este derecho exige a los Estados "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente", consulta que deben ser llevadas a cabo "de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas"[65].

En consecuencia, para que una consulta sea válida, los requisitos requieren satisfacer las siguientes condiciones 1) que sea haga en forma previa, estos es, desde las primeras etapas de la formulación de la medida y que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente a todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente[66]; 2) mediante procedimientos

60 Cfr. Anaya, James, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo [en línea]. Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/12/34 15 de julio de 2009 [ref. 4 de abril de 2010]. Disponible en: http://www.politicaspublicas.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf

61 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU%20383-03.doc.

62 Caso Cfr. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, §159.

63 *Ibid*. §160.

64 *Ibid*. §164.

65 Cfr. Convenio 169 de la OIT, artículo 6.

66 Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), §78 [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la

adecuados, es decir, teniendo en cuenta su finalidad que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento[67] ajustándose a las exigencias propias de cada situación y siendo útil, sincera y transparente[68]; 3) a sus instituciones representativas, permitiendo que la representatividad sea el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas y no imponiendo un solo modelo de institución representativa[69]; 3) de buena fe, lo que implica respetar los intereses, valores y necesidades de la otra parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales de un determinado grupo o comunidad[70] y "realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe"[71]; 4) de modo *apropiado a las circunstancias*, por lo cual el procedimiento no puede responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, sino que por el contrario, debe ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado, lo que incluso exige la activa participación indígena al momento de definir la manera en que se debe efectuar la consulta[72] y; 5) con l*a finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas*, lo que comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo sincero de llegar a un acuerdo común[73].

A estos requisitos, la Corte Interamericana, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT, agregó la obligación estatal de realizar estudios de impacto ambiental como "una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo" y como una forma de "evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión" y asegurar que las comunidades indígenas tengan "conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad", para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, "con conocimiento y de forma voluntaria"[74].

Finalmente, y como un colorario de la defensa de los territorios indígenas, se ha venido configuran-

Web: http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm. También, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), §61 [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en: http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm.

67 Cfr. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), §89.

68 Cfr. OIT. *Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*. Francia: Impreso por Dumas-Titoule, 2003, p. 17.

69 Cfr. I*nforme del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), §102, *op. cit.*

70 Cfr. *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación ...*, *op. cit*.

71 Anaya, James, *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*. Disponible en la web: http://www.politicaspublicas.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf

72 Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), §72.

73 Cfr. *Ibid.* GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), §103.

74 Cfr. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, §205.

do por el derecho internacional un derecho adicional, cual es el derecho al consentimiento previo, libre e informado, en cuya virtud las iniciativas legales o administrativas que pongan en peligro su supervivencia no pueden llevarse a cabo antes de haberse obtenido el consentimiento indígena.

Este derecho ha sido recepcionado expresamente por el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) quien en su Recomendación general Nº 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, exhorta en particular a los Estados Partes a que: "d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado". Asimismo, el mismo CEDR en su informe sobre Ecuador del 21/03/2003, al dar cuenta de las limitaciones que representa el derecho de consulta para garantizar los derechos indígenas, señaló la necesidad –por parte del Estado– de obtener el consentimiento para la explotación de recursos del subsuelo. Señaló que "[e]n cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general Nº XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación".

También el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, del año 2003, al referirse a las consecuencias de los proyectos de desarrollo en gran escala o los grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas, ha señalado que en "relación con los grandes proyectos de desarrollo el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas y ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutuamente aceptables y el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado"[75]. Parecer que reiteró el actual Relator de la ONU, James Anaya, al destacar que "siempre que los derechos afectados sean esenciales para la supervivencia de los grupos indígenas como pueblos distintos y los efectos previstos en el ejercicio de los derechos sean importantes, será necesario el consentimiento de los indígenas ante dichos efectos, el cual deberá ir más allá de limitarse a ser un objetivo de las consultas"[76].

Mismo parecer que fue recogido por la Corte Interamericana en el *Caso Saramaka vs. Surinam* donde señaló que "la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones"[77].

Por último, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, consagra este derecho al consentimiento libre, previo e informado en los casos de medidas que impliquen para los pueblos indígenas el desplazamiento de sus tierras (artículo 10) o el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos en sus tierras o territorios (artículo 29.2).

---

75 Cfr. Anaya, James, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*. E/CN.4/2003/90, 21 enero de 2003, §66.

76 Cfr. Anaya, James. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Consejo de Derechos Humanos. 21º período de sesiones. 2012, §65.

77 Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, §137.

5. LA GLOBALIZACIÓN, EL ESTADO Y EL DERECHO DE CONSULTA

OBSTÁCULOS Y DESAFÍOS

A las características anotadas de la globalización, especialmente aquellas referidas a la progresiva pérdida de la ciudadanía en la definición de las cuestiones que son comunes, como también la referida al decaimiento de la sociedad como un espacio de reconocimiento y solidaridad mutua entre las personas, los derechos de los pueblos indígenas marcan estándares reforzados de participación ciudadana y de respeto a la identidad cultural. Por eso resulta especialmente interesante dilucidar cómo estos derechos pudieren cobrar vigencia en un contexto como el de la globalización, que ofrece ciertas ventajas pero también muchas dificultades para su implementación. Entre otras cuestiones, se da la paradoja que se le viene asignando al Estado, como nunca antes se había hecho, una serie de obligaciones en materia de pueblos indígenas y de garantía de derechos humanos en general, precisamente cuando éste, por las razones referidas atrás, se encuentra debilitado y dotado de pocos instrumentos para avanzar en una agenda de derechos; más todavía cuando los proyectos sobre territorios indígenas se asocian muchas veces a intereses tan poderosos como son los de conglomerados económicos vinculados a la extracción minera, petrolera, forestal, farmacéutica, etc.

Es por esas mismas razones, que para que los derechos indígenas puedan implementarse adecuadamente se requiere asumir el fenómeno de la globalización en toda su amplitud, lo cual supone entregar una respuesta en tres niveles distintos pero interrelacionados: el internacional (global), el estatal y el local.

En el primer plano –el global– han sido los organismos internacionales quienes han asumido progresivamente estándares cada vez más desarrollados para la protección de los interesas de los pueblos indígenas. El sistema interamericano de derechos humanos quizá sea un ejemplo en este sentido especialmente en la lectura amplísima que ha hecho a propósito del derecho a la "propiedad privada" consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos[78]. Otra contribución muy importante ha sido la profusa doctrina desarrollada tanto por los organismos internacionales de derechos humanos en la materia[79], como también por la OIT[80]. Y desde el punto de vista financiero tanto el Banco Mundial[81] como el Banco Interamericano de Desarrollo[82], contemplan sendas políticas de operaciones

78 Cfr. Comisión IDH. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas… op. cit.*

79 Ver, Naciones Unidas, Temas Mundiales, Pueblos Indígenas. Disponible en: http://www.un.org/es/globalissues/indigenous/

80 Ver, Organización Internacional del Trabajo, Convenio Nº 169. Disponible en: http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm

81 Ver Política Operacional fijada por el Banco Mundial, en su OP 4.10, y las Normas de Procedimiento del Banco. En su BP 4.10 de julio de 2005, establecen por ejemplo que "2. Consultas previas, libres e informadas. Cuando un proyecto afecta a pueblos indígenas, el equipo a cargo del mismo colabora con el prestatario en la realización de consultas previas, libres e informadas con las comunidades afectadas. Estas consultas sobre el proyecto propuesto se llevan a cabo durante todo el ciclo del proyecto y tienen en cuenta lo siguiente: a) La "consulta previa, libre e informada" es una consulta que tiene lugar en forma libre y voluntaria, sin manipulación, interferencia o coerción externa. Con ese fin, las partes consultadas tienen acceso previo a la información sobre el propósito y la magnitud del proyecto propuesto, facilitada de una manera apropiada desde el punto de vista cultural y en la lengua adecuada; b) En los mecanismos de consulta se reconoce a las organizaciones de Pueblos Indígenas existentes, incluidos los consejos de ancianos, los jefes y los líderes tribales, y se presta especial atención a las mujeres, los jóvenes y los ancianos; c) El proceso de consulta comienza en los primeros momentos del proyecto, debido a que la toma de decisiones entre los Pueblos Indígenas puede llegar a ser un proceso iterativo, siendo necesario disponer de un período de gestación suficiente para comprender cabalmente y para incorporar al diseño del proyecto las inquietudes y las recomendaciones expresadas por los pueblos indígenas, y d) El proceso de consulta se registra en actas que forman parte de los archivos del proyecto". Cfr. Banco Mundial. BP 4.10, Pueblos Indígenas. Banco Mundial. Disponible en: http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/BP4.10.July1.2005.Spanish.pdf.

82 Banco Interamericano de Desarrollo, Política operativa sobre pueblos indígenas (PPI). Disponible en: http://www.

que guían a la institución en relación a proyectos de desarrollo y pueblos indígenas.

Otra experiencia importante a nivel global fue la redacción y aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual fue el producto de una larga negociación llevada adelante por los representantes estatales y la dirigencia indígena. Prueba de esto fue la consagración del principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, derecho que inicialmente era resistido por la mayoría de los Estados y que sólo después de arduas negociaciones pudo ser incorporado. El contenido normativo del instrumento fue decidido como resultado de una negociación con los titulares de esos mismos derechos, comprometiéndose la palabra de ambas partes en el proceso. La Declaración, de acuerdo a su artículo 43, señala que sus disposiciones "constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo" y su artículo 42 dispone que las Naciones Unidas, sus órganos (incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y los organismos especializados), así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la Declaración y velaran por su eficacia. Por ello, al menos para los países que votaron a favor del instrumento internacional, la Declaración posee efecto vinculante por cuanto los mismos Estados se obligaron a promover su respecto, promoción y eficacia.

Con todo, en este plano, es plenamente aplicable la máxima que nos dice que para un mundo global es necesario un abordaje político y jurídico de carácter global: no hay soluciones locales a problemas globales, nos dice Bauman. Y el destino de una respuesta global "depende del surgimiento y arraigo de una escena política global"[83]. Escena política global que debe necesariamente ir configurando un Derecho global que supere el derecho internacional entre los Estados, como lo hemos conocido, y que vaya dando paso a una globalización de la justicia y del derecho "con estructuras jurisdiccionales supranacionales que legitimen activa y pasivamente a los individuos"[84].

De ahí que para pensar en un despliegue efectivo de protección a los pueblos indígenas es indispensable, y también para la vigencia general de los derechos humanos, ir avanzando en la configuración de una comunidad global de derecho con sistemas supranacionales y participativos de gobernanza que permitan superar la disociación entre el poder y la política de que nos habla Bauman, y que las decisiones finalmente sean adoptadas según el viejo adagio *lo que a todos afecta, por todos debe ser aprobado*[85].

Pero esta perspectiva de futuro no debe hacernos olvidar el rol que sigue cumpliendo el Estado en la vigencia de los derechos humanos. Sin duda que hay muy buenos motivos para tener una fuerte sospecha de ellos en ese papel, dado que han sido los actores que han estado involucrados directamente con las violaciones, a veces masivas y sistemáticas, de eso mismos derechos. Pero, a su vez, no hay que olvidar que en la práctica, "dada la falta de capacidad de la comunidad internacional, el Estado soberano debe continuar siendo el actor fundamental en cualquier estrategia que se diseñe para asegurar la promoción y el respeto de los derechos humanos". Asimismo, el Estado

iadb.org/es/publicaciones/detalle,7101.html?id=26020

83 Cfr. Bauman, *op. cit.* p. 30 y 31.

84 Cfr. Domingo, Rafael, ¿Que es el Derecho Global?, Cfr. Thomson-Aranzadi, 2008, p. 114. El autor nos dice que "[e]l Estado ha quedado pequeño para los asuntos globales y resulta grande para las cuestiones locales. Las decisiones más importantes de nuestros días –como la seguridad en el mundo, la eliminación de la pobreza, la defensa del medio ambiente o la reducción de armamento nuclear– deben adoptarse en el marco de unas estructuras que superan con creces las fronteras materiales y conceptuales del Estado, pues él es incapaz de aportar soluciones prácticas. Por lo demás, la sociedad civil, día a día, reclama con más fuerza la implantación de una democracia directa que se ocupe de los asuntos menores: *de minimis non curat res publica*. La tensión entre lo global y lo local genera en el Estado moderno una posición incómoda, artificial, que exige cesiones de soberanía a través de tratados internacionales, como en el caso de la Constitución de la Unión Europea, o cesiones de competencia a instancias de decisión que actúen con mayor eficiencia". *Ibid*. pp. 112-113.

85 Cfr. Domingo, *op. cit*, p. 170.

sigue desempeñando en última instancia un rol legitimador del derecho internacional al expresar el consentimiento sobre dicha normativa (amén de su función de contención y compensación de las consecuencias negativas que puede generar la globalización)[86].

La verdad es que ambos planos, el global y el estatal, deben potenciarse para efectos de lograr asegurar efectivamente los derechos. El grado en que los órganos estatales y, especialmente, los tribunales de justicia apliquen estos derechos sigue siendo una cuestión esencial para su vigencia. Y también lo es la propia disposición de los pueblos y comunidades indígenas frente a los enormes desafíos que involucra la defensa de sus territorios y de su identidad.

Por su parte, tanto lo global como lo estatal en ningún caso pueden ahogar lo local. Por el contrario, el derecho debe asumir como uno de sus referentes la autoderminación de los pueblos y comunidades menores, de manera que esos colectivos puedan, por un lado, "decidir sobre su propio destino y ser verdaderos gestores de sus objetivos y de su propia promoción en el marco de la comunidad global"[87] y, por otro lado, las autoridades que tengan a cargo la representación y la defensa de sus intereses deben ser las más próximas a esas comunidades de manera de estar en condiciones de ofrecer respuestas oportunas y apropiadas a sus intereses y requerimientos.

Ello puede ofrecer muchas dificultades prácticas pero tanto una como otra perspectiva deben estar presentes. Bercholc, analizando los alcances de la descentralización, nos dice que "algún grado de centralización permite mayor mediación y una capacidad y eficacia tal vez más fluida en la toma de decisiones en algunas áreas en especial", especialmente cuando las demandas son muchas y es necesario establecer ciertos filtros, pero, asimismo, la desentralización "puede suplir cierto déficit de legitimidad y de consenso que pueden tener los sistemas políticos, ello dado por una mayor receptividad inicial de las demandas por parte de entes decisorios más cercanos y permeables a los sujetos sociales"[88]. Ambos planos, en consecuencia, deben estar presentes.

El derecho de consulta indígena, como el de participación, precisamente está estructurado sobre la base de un procedimiento que permita compatibilizar los intereses de una sociedad mayor con la de los pueblos indígenas. Siguiendo la terminología de Robert Alexy, corresponden a un derecho a "procedimientos en sentido estricto" como una protección jurídica efectiva que si bien no asegura un desenlace jurídicamente correcto (en este caso la integridad cultural de los pueblos indígenas), "aumentan la probabilidad de un resultado conforme al derecho fundamental"[89]. Es un mecanismo que permite operacionalizar una relación entre el poder estatal y la autodeterminación indígena que posibilita alcanzar consensos o al menos incidir de modo determinante en las decisiones susceptibles de afectar a los pueblos y comunidades indígenas.

Por eso mismo, el mecanismo de consulta requiere de varios presupuestos para que pueda efectivamente materializarse. En primer lugar, desde la perspectiva del Estado, éste debe asumir un rol de garante del derecho cuestión, lo que exige desde la Administración llevar adelante el proceso en conformidad a los estándares señalados atrás (previa, procedimientos adecuados, buena fe, apropiado a las circunstancias, instituciones representativas y finalidad de alcanzar un acuerdo), y desde el Poder Judicial asegurar la debida protección de los afectados cuando el derecho se vea amenazado o restablecer el imperio del derecho y ordenar la reparación cuando éste se haya visto amagado. Asimismo, el Estado debe adecuar su legislación

86 Cfr. Barreiros, Lucas, "El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación". En *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Mónica Pinto (compiladora), Editorial Eudeba, 2009, p. 83.

87 *Ibid.* p. 208

88 Cfr. Bercholc, Jorge "Los procesos de descentralización…", *op. cit.* p. 19

89 Según Alexy "por el mismo hecho de que no aseguran un resultado conforme a derecho, lae decisión final no puede quedar al margen a un "examen judicial de la conciliabilidad material de los resultados con las normas iusfundamentales". Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 472 y 473.

interna para hacer efectivo el derecho en cuestión, lo cual importa derogar toda legislación que resulte incompatible con su implementación y disponer de normas que pudieran regular la consulta de modo de hacerla más cierta y operativa en su implementación práctica.

Para esto último, la misma regulación jurídica del mecanismo de consulta debe a su vez ser fruto de un proceso de consulta indígena (consulta sobre la regulación de la consulta)[90]. Aspectos claves para que éste último proceso tenga éxito es arribar a un acuerdo sobre el alcance y sentido de lo que se va a considerar "afectación directa a los pueblos indígenas", y en consecuencia qué tipo de medidas deben ser consultadas y cuando se hace exigible el consentimiento libre, previo e informado. También es necesario alcanzar un consenso sobre qué criterios se van a seguir para entender cuando se está frente a una institución representativa; y cuáles van a ser los términos de la consulta en relación a proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en tierras y territorios indígenas.

Igualmente, el derecho de consulta implica un importante desafío para los pueblos indígenas al punto que su sola realización supone el sometimiento a dinámicas de diálogo, negociación y decisión tan exigentes que por sí misma puede constituir una fuerte presión sobre sus formas de vida[91]. Las instituciones representativas por su parte, suponen formas de representación que no necesariamente se dan en las culturas indígenas, y en consecuencia hay que establecerla. Los términos de los estudios de impacto ambiental suelen ser muy técnicos y ocupar un lenguaje obstruso aún para una persona no indígena, por lo que hay que buscar mecanismos para una comprensión culturalmente adecuada. Los procesos de diálogo pueden dar lugar a divisiones internas que las empresas suelen estimular y aprovechar en su favor, por lo que es necesario fortalecer las formas de decisión comunitaria o las que sean propias del pueblo en cuestión. Asimismo, la decisión indígena de rechazar una medida estatal que el Estado de todas maneras termine por adoptar puede crear una gran frustración y una deslegitimación sobre el mecanismo, por lo que hay que buscar estrategias que permitan romper la lógica impositiva por parte del Estado y también comprender los exactos alcances de la consulta.

Todo lo anterior exige de parte del Estado, nuevamente, una disposición renovada en torno a garantizar el ejercicio efectivo del derecho. En esto se juega la implementación de un aspecto clave de una relación que pretende superar siglos de imposición y abuso. No hay que olvidar que también

90 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Disponible en: http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf. También, *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo"*, Chile, noviembre de 2012, §8.

91 De acuerdo al juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Humberto A. Sierra Porto "[l]a existencia de una consulta previa en sí misma plantea un reto (un peligro, desde cierta perspectiva), que consiste en la capacidad perturbadora, de intrusión en las costumbres y lógicas mayoritarias de la cultura indígena. En efecto, el trámite de una consulta previa conlleva, en ocasiones, traslado de las comunidades indígenas a sitios en donde se hacen reuniones para explicar los proyectos, actividades de sensibilización sobre la importancia y las ventajas de la actividad que se pretende realizar. Estas reuniones se realizan con cierta frecuencia o periodicidad y en ocasiones tardan años, e incluso adquieren, en ciertas circunstancias, una lógica de proselitismo que puede suponer la entrega de cantidades de dinero, no como sobornos o con propósitos de distorsionar la voluntad de las comunidades sino simplemente para el pago de traslados o para el mantenimiento por fuera de su entorno habitual. La preocupación estriba, entonces, en que aunque la consulta no sea exitosa, aunque la comunidad considere como inconveniente o negativa para sus intereses la realización de obras o proyectos sobre su territorio, esto puede conllevar a modificaciones (paulatinas o intempestivas) de su cotidianidad y eventualmente de su cosmovisión.
La erosión gradual de la identidad cultural indígena mediante el contacto y la intervención de empresarios, sociólogos, trabajadores sociales y abogados es desafortunadamente una consecuencia inevitable de la intensidad del contacto que genera una consulta previa".
Ver, Galvis, Clara y Ramírez, Ángela, *op. cit.*, p. 258.

se juega la posibilidad de adoptar, sin exigencias insalvables, medidas que pueden resultar fundamentales para el funcionamiento estatal o para el desarrollo económico de un país. Así como el mecanismo de consulta puede defraudar a la parte indígena, su implementación inadecuada puede, a la larga, provocar una inseguridad jurídica importante para el Estado y los agentes económicos.

Sobre esto tal vez conviene hacer, por último, una reflexión de carácter general. El derecho de participación y consulta indígena pone al Estado en la obligación de garantizarlo (tanto para los países que son signatarios del Convenio 169 de la OIT como de otros tratados de los cuales se ha derivado ese mismo derecho[92]), lo que implica un fuerte exigencia de *democratización* en esferas de decisión donde antes el Estado poseía un margen de discrecionalidad más o menos ancho. Esta democratización se justifica con creces dada la amplia evidencia de cómo proyectos o políticas de Estado que se han justificado en atención a un supuesto interés nacional, no sólo han terminado por afectar gravemente la supervivencia indígena, sino abiertamente han provocado etnocidios[93]. El desafío actualmente es satisfacer esa necesidad de participación en la decisiones estatales que influyan en las formas de vida indígena –de manera de implementar mecanismos que consoliden formas equilibradas y respetuosas de relación interétnicas, facultando incluso a la parte indígena a rechazar un proyecto cuando éste ponga en peligro su supervivencia– pero al mismo tiempo articular un procedimiento que pueda alcanzar resultados plausibles para ambas partes. Tanto un procedimiento que sea llevado adelante como un mero trámite para satisfacer exigencias que no se han asumido sinceramente, por parte del Estado, como un mecanismo que de antemano va estar signado con el rechazo de la parte indígena, o va a ser utilizado de manera dilatoria u oportunista, no va a permitir avanzar en nada en el respeto a la integridad indígena. Lo que se requiere es que ambas partes asuman el proceso de buena fe, superando históricas desconfianzas; esa es la clave en este y en cualquier proceso de diálogo.

92 Aparte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito fundamentalmente del artículo 21, la obligación la ha asumido el Comité de los Derechos del Niño (artículo 30), el Comité de Derechos Humanos (artículo 1º y 27º), el Comité DESC (artículo 1º) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, entre otros.

93 Una muestra suficientemente categórica al respecto son las sentencias que ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígenas, todas las cuales refieren a políticas estatales de "desarrollo" que terminaron dañando gravemente los intereses y derechos indígenas. Ver *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, y *Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.*

AUTOR

Felipe Gordillo Corvalán

Estudiante de Derecho en la Universidad Católica del Norte.
contacto@felipecorvalan.com

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO PUEBLO KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR DE 27 DE JUNIO DE 2012[1]

INTRODUCCIÓN

Ninguna duda cabe respecto de la importancia que históricamente ha representado la problemática indígena en Latinoamérica, lo que se ha visto acrecentado en las últimas décadas, en las que la ejecución de diversos proyectos de desarrollo de alto impacto han dado paso a un mayor cuestionamiento de la relación con los pueblos indígenas. En este contexto, también ha aumentado la judicialización de estos casos, movilizando a los tribunales de justicia a desarrollar criterios de resolución de especial importancia ante la falta de una normativa interna e internacional apropiada, que evite y resuelva ágilmente tales conflictos.

Tal incremento de casos judicializados no sólo se ha radicado en los tribunales internos; sino que ha alcanzado instancias internacionales, incluyendo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que ha realizado grandes aportes y cuyo último fallo, en la materia, es objeto del presente comentario.

La sentencia en comento tiene su origen basal en las violaciones a derechos sufridas por el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku por parte del Estado de Ecuador en el contexto de la realización de un proyecto petrolero en territorio indígena, y que motivó la intervención tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) a comienzos del 2010; como posteriormente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

Sin lugar a dudas, esta sentencia reviste un lugar especial, no sólo por ser la última que se refiere a cuestiones indígenas; sino también por los diversos aportes que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado a través de ella, principalmente en lo relativo a la profundización del estándar de cumplimiento del deber de consulta, la caracterización de un nuevo principio general de Derecho Internacional, la adopción de nuevos modos probatorios, el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de Derecho,

1 Ponencia propuesta en el marco del III Coloquio de Derecho Internacional realizado en la Universidad Católica de Chile, 2013

entre otros puntos que serán abordados a lo largo de este comentario.

No obstante es posible indicar que esta sentencia representa el pináculo de la protección de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano, existen aún puntos pendientes o que aún no han sido esclarecidos y que se pretenderá identificar sucintamente, sin el fin de sellar el asunto; sino de dar paso a un análisis de mayor profundidad, que naturalmente sobrepasa esta instancia, y las pretensiones y conocimientos del autor.

ANTECEDENTES GENERALES

A fin de sentar las bases para la discusión se resumirán algunos datos relativos al sujeto afectado, que permitirán dimensionar y contextualizar el caso; aclarando que éstos son mucho más extensos y que se recomienda encarecidamente la lectura de los mismos desde la fuente primaria para un análisis más profundo.

En concreto, el conflicto se suscitó a partir del otorgamiento de permisos a una empresa petrolífera, para la realización de actividades de exploración y explotación en territorios del pueblo de Sarayaku. Estos permisos fueron otorgados sin la realización de las consultas necesarias y su ejecución material derivó en la alegación de violaciones de múltiples derechos, incluyendo el Derecho a la vida; a la integridad y libertad personal; a la propiedad indígena; a las garantías judiciales y a la protección judicial; a la libertad de circulación; la libertad de pensamiento y de expresión; y a la propiedad. Además del mencionado incumplimiento al deber de consulta; y al de adoptar disposiciones de derecho interno para la materialización y efectividad del ejercicio de los derechos antes señalados.

Respecto del pueblo afectado existen algunas características que revisten especial importancia a la hora de conceptualizar la gravedad y circunstancias de los derechos conculcados, en primer lugar se trata de un pueblo con una profunda conexión con su tierra, que se encuentra extremadamente alejado de las urbes (8 días por vía terrestre o 3 días por vía fluvial). De este modo, la mayoría de las relaciones se dan con otros pueblos de la zona selvática, con los que comparten algunos rasgos culturales, a la vez que mantienen su propia autonomía política a pesar de su participación en una federación con el pueblo de Canelos.

Su economía se basa en la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección. Actividades que representan el 90% de su sustento alimentario[1]. Lo que justifica, junto a su cosmovisión, la importancia del territorio para este pueblo.

Actualmente el territorio del Pueblo de Sarayaku se basa en un título legal de carácter civil otorgado mediante la adjudicación que en 1992 hiciera el Estado de Ecuador a través del Instituto de reforma Agraria y Colonización, quien emitió un título singularizando el territorio como Bloque 9 con una extensión de cerca de 264.625 ha a los habitantes de las Comunidades del río Bobonaza; de ese terreno unas 135.000 ha son de propiedad de Sarayaku[2]. No obstante lo anterior este título de adjudicación reviste características especiales, incluyendo la posibilidad para el Estado de construir vías de comunicación e infraestructuras; así como un libre acceso de fuerzas armadas; y una limitación enorme para la vida del pueblo indígena, que se materializa en que el Estado es el propietario de los recursos del subsuelo[3], por lo que no estamos técnicamente en presencia de un derecho de propiedad tradicional, puesto que las condiciones planteadas van más allá de la función social del dominio, no requieren expresión de causa y tampoco hacen referencia a indemnización alguna, como es propio de un proceso expropiatorio.

1 *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 7 de junio de 2012 serie C No. 245 §54.

2 Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. §61 y 62.

3 Esta suerte de reserva no es de extrañar dado que es sabido que en el área hay yacimientos petroleros y que el presupuesto nacional se basa en cerca de un 40% de los recursos de la industria petrolera. Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. §60.

ELEMENTOS FÁCTICOS Y ALEGACIONES DE LAS PARTES[4]

Considerando el estatus jurídico del subsuelo anteriormente mencionado, es que en el año 1995 se realizó una licitación internacional relativa a la exploración y explotación de los yacimientos petrolíferos del denominado Bloque 23 de la Amazonía. De esta licitación devino el contrato con la Compañía General de Combustibles S.A. (también denominada CGC) que es la que realizó buena parte las acciones que sustanciarán el conflicto con el Pueblo de Sarayaku.

La empresa CGC al ejecutar el proyecto acordado con el Estado, en concreto la fase de prospección sísmica, comienza con prácticas que incluyen intentos de sobornos a las Comunidades para que presten su venia al proyecto, algunos de ellos con éxito entre comunidades vecinas al demandante de marras[5]. Por contraparte, el Pueblo de Sarayaku se opuso formalmente a partir del año 2002 a través de la interposición de una queja ante la Defensoría del Pueblo y de un recurso de amparo constitucional[6].

No obstante la interposición de gestiones y acciones judiciales, el conflicto escaló, dado que la empresa CGC intervino en un 29% del territorio del Pueblo de Sarayaku entre octubre del 2002 y febrero de 2003. Estas intervenciones se materializaron, según se encuentra probado en autos, en la prospección y comienzo de los estudios sísmicos, así como en la instalación de explosivos en superficie y en profundidad[7].

Todo esto mientras la Defensoría del Pueblo estudiaba el caso, llegando a la conclusión de que la empresa CGC, el Ministro de Minería y el presidente directivo de Petroecuador habían violado los artículos 84.5 y 88 de la Constitución Ecuatoriana; así como el Convenio 169 de la OIT que se encontraba en vigor en Ecuador desde 1998. Mientras que en mayo de 2003, la Comisión de Derechos Humanos del Congreso Nacional de la República emitió un informe en el que concluyó que "[e]l Estado, a través de los Ministerios de Medio Ambiente y Energía y Minas, violó el numeral 5) del Art. 84 de la Constitución Política de la República, al no consultar a la comunidad sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental y culturalmente"[8].

Otro incidente que llevaría a discutir la responsabilidad internacional de Ecuador, es el protagonizado en diciembre de 2003 por habitantes del Pueblo de Canelos, quienes agredieron con machetes, palos, piedras y armas de fuego a algunos miembros del Pueblo de Sarayaku que intentaron cruzar por su territorio para dirigirse a una marcha en contra del proyecto petrolífero[9], lo que en principio es una prueba del nivel de confrontación y división que logró instaurar la empresa CGC entre las comunidades indígenas de la zona, las que además pertenecen a la misma federación de pueblos indígenas. Cabe recordar que la Comunidad de Canelos había llegado a acuerdos de carácter económico-asistencial con la empresa CGC, tal como fue confirmado por la Corte IDH[10].

Éste y otros incidentes de carácter violento, incluyendo la participación de fuerzas armadas y policiales, llevaron a que la empresa CGC informara a la Asociación de la Industria Hidrocarburífera del Ecuador, la existencia material del estado de "fuerza mayor", lo que permitía a la empresa en cuestión paralizar la ejecución del contrato y por consiguiente las acciones de la fase de prospección sísmica[11]. Seis años después, el Estado inicia un procedimiento de negociación con la Empresa CGC para dar por terminado el contrato de participación[12]. Lo que, como se comentará a conti-

4 A efectos de reducir la extensión y agilizar la lectura se han condensado las alegaciones de las partes y algunos elementos fácticos, indistintamente de la fase procesal en los que fueron expresados.

5 Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. §73, 74 y 75.

6 *Ibid.* §85 a 92.

7 *Ibid.* §101 y ss.

8 *Ibid.* §106.

9 *Ibid.* §109.

10 *Ibid.* §74.

11 *Ibid.* §102.

12 Cfr. Expediente de Prueba de la causa en comento, tomo 9, folio 5232.

nuación, al analizar los derechos vulnerados, no acabó con la afectación de los derechos del Pueblo de Sarayaku.

En el caso en comento se discutió la vulneración de a lo menos 11 disposiciones contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Sin embargo, la Corte IDH sólo declaró que se encontraba configurada la responsabilidad de Ecuador por la vulneración del artículo 21 en relación al 1.1 y 2; del 4.1 y 5.1; 8.1 y 25 de la CADH principalmente por la inexistencia de prueba suficiente y variada para configurar la responsabilidad estatal[13]; asimismo, se advierte al lector que sólo se abordarán los puntos claves de la sentencia, en especial aquellos que eventualmente pueden tener aplicación a otros casos, por ser justamente estos puntos aquellos que dan relevancia a la sentencia de la Corte IDH en comento, no sólo como la forma de resolución de un conflicto puntual, sino como un ejercicio de interpretación, articulación, y eventualmente, de creación de Derecho.

Otro aspecto curioso, es que la Corte IDH al abordar los diversos derechos vulnerados, lo hace desde una perspectiva colectiva, cuestión que difiere del tratamiento que había tenido en casos anteriores, en los que asentó la vulneración de derechos respecto de distintos integrantes de los pueblos indígenas; mientras que en esta ocasión se especificó en forma reiterada la vulneración de derechos respecto de un "sujeto colectivo"[14]. La importancia de esto está dada por la caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de derecho, lo que tiene relevancia a la hora de analizar casos de Estados en los que no se encuentre vigente el Convenio 169 OIT. Además, tal interpretación se alinea con el artículo primero de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Derechos Afectados: Alegaciones y Consideraciones de la Corte Interamericana

Respecto de los derechos que fueron judicialmente considerados como vulnerados, destaca el derecho a la propiedad; el que es abordado en forma conjunta con la consulta indígena. Sin embargo, es importante resaltar que los avances de la Corte IDH se encuentran claramente diferenciados respecto de ambos derechos, pese a su vinculación y fundamentación conjunta.

Primeramente, cabe destacar la alegación de la CIDH, que estimó que existía vulneración del artículo 21 de la CADH en relación a los artículos 1.1, 13 y 23 de la misma, interpretados a la luz del Convenio 169 OIT, que para ese entonces estaba vigente en Ecuador[15].

Así, el Estado habría incumplido sus obligaciones al firmar el contrato con la petrolífera sin consultar ni lograr el consentimiento de la comunidad, además de haber posibilitado la ejecución del proyecto a sabiendas de la oposición del pueblo de Sarayaku, por haber permitido la instalación de explosivos en su territorio y amparado la destrucción de bosques, tierras sagradas y sitios específicos de especial relevancia para la cosmovisión de la víctima. Posición que terminaría primando en la sentencia de la Corte IDH[16].

Por su parte el Estado se defendió, indicando que no existía deber de consultar, puesto que en 1996 (año en que se contrató con la empresa petrolífera) aún no se había ratificado el Convenio 169 de la OIT, por lo que en base al artículo 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, la obligación jurídica internacional era inexistente[17].

13 En concreto las razones para desestimar estos derechos se encuentran en los §228, 229, 230, 253, 253 y 254 de la sentencia en comento.

14 El carácter colectivo del sujeto de derecho-víctima queda claro mediante la utilización de expresiones que así lo asientan en las que la Corte se refiere al Pueblo Kichwa de Sarayaku como parte lesionada, como sujeto que debe ser reparado, al establecer la responsabilidad del Estado por haber vulnerado los derechos del Pueblo Kichwa o simplemente al indicarlo expresamente como en el §219 en el que se refiere al valor simbólico de determinados sitios para la identidad cultural del Pueblo Kichwa de Sarayaku como sujeto colectivo.

15 Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. §127.

16 *Ibid*. §341.

17 *Ibid*. §128.

La Corte IDH, replicando los argumentos de la CIDH estableció que efectivamente se ve vulnerado el derecho a la propiedad y a la consulta; siendo ésta última, parte integrante del círculo de derechos protegidos por el Sistema Interamericano, toda vez que la propiedad del artículo 21 de la CADH contempla la protección de la propiedad de carácter comunal, que en la especie el Pueblo de Sarayaku ostenta de manera inmemorial y expresamente reconocida por el Estado mediante la adjudicación de 1992[18].

Lo anterior toma especial relevancia al considerar que un efectivo ejercicio del derecho a la propiedad, posibilita el goce de otros derechos y en especial del sostenimiento del modo de vida de la comunidad indígena.

Esta interpretación que articula la CADH y el Convenio 169 de la OIT ya había sido esgrimida por la Corte IDH en otros casos, como en el de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*[19] en el que se aclara que la tierra, para los pueblos indígenas, no sólo es un elemento esencial para su economía, sustento y preservación de la organización productiva, sino que es un elemento del que dependen su identidad cultural, bienestar espiritual, y existencia misma[20].

Sin una mención expresa en la sentencia, es posible advertir que la Corte IDH, estima que si bien el análisis del derecho a las tierras y al territorio, puede partir desde el derecho de propiedad individual propio del art. 21 de la CADH, su dimensión colectiva no se agotará en ella, puesto que la noción indígena del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente se corresponde con la concepción clásica de la propiedad civil, pero ambos tipos de propiedades (civil e indígena) merecen protección bajo la CADH.

La Corte no sólo ha confirmado la necesidad y amplitud del derecho de propiedad indígena, sino que ha ratificado la posibilidad de limitarlos, en tanto esa limitación cumpla con los siguientes requisitos: 1) que esté establecida por ley, 2) que sea proporcionada a un objetivo legítimo, 3) y que no implique una denegación absoluta del derecho de propiedad a los pueblos indígenas. Criterios que ya habían comenzado a gestarse desde la resolución del *Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam*[21].

No obstante lo anterior, resulta curioso que el concepto de propiedad indígena adoptado por la Corte IDH revista el carácter de comunal en vez de un tipo especial de propiedad colectiva, que es el concepto que propugna el discurso asociado a la protección que brinda el Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, esto está lejos de perjudicar a los pueblos indígenas, puesto que –como ha apuntado Stavenhagen–, la propiedad comunal es la forma más apropiada de regular la propiedad indígena, pues ella es propia de la tradición aborigen y no obedece a los paradigmas de la propiedad privada e individualidad de la tierra que han sido introducidos por el liberalismo económico el siglo pasado[22]; es decir, parece existir una dificultad terminológica, puesto que en términos generales la propiedad comunal de carácter civil difiere fuertemente de la propiedad indígena, lo que se refleja en cuestiones tan básicas como la imposibilidad de un individuo indígena de enajenar su cuota, puesto que ni siquiera existen cuotas de la propiedad, ya que es el Pueblo el titular del derecho en su conjunto.

En cuanto al derecho a la consulta, la Corte IDH ha confirmado que se encuentra cimentado en el respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas y que éste se encuentra protegido por el Sistema Interamericano en función del artículo 29 de la CADH y la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados en relación al Convenio 169 de la OIT; bajo la base de que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya

18 *Ibid*. §341, 145-147.

19 Cfr. *Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. §164.

20 Cfr. *Caso Pueblo de Saramnaka vs. Surinam.* Fondo, reparaciones y costas. §149.

21 *Ibid*. §174 y 175.

22 Stavenhagen, Rodolfo. Introducción al Derecho Indígena. En *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. I Jornadas Lascasianas: Derechos humanos de los pueblos indígenas*, de Instituto de Investigaciones Jurídicas, 303-316. 17. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. p. 313.

interpretación debe adaptarse a los tiempos. Lo que en principio no resulta de mayor importancia, puesto que en reiteradas ocasiones la Corte IDH ha sostenido el mismo criterio, pero que toma mayor fuerza al considerar que al inicio de las actividades con la petrolífera, Ecuador no tenía ratificado el Convenio 169 OIT por lo que, hasta cierto punto, podría ser discutible si el Estado tenía la obligación de realizar consultas descritas en el artículo 6 número 1 letra a) del Convenio mencionado[23]. De todas formas nada podría exculpar a Ecuador de las actividades u omisiones realizadas con posterioridad a 1998.

No obstante esto, tal discusión puede ser soslayada si se conjuga la interpretación anteriormente mencionada, con la caracterización del derecho a la consulta como un Principio general de Derecho Internacional, podría descartarse la discusión relativa a la exigibilidad de los derechos relacionada a la entrada en vigor del Convenio 169 OIT.

La Corte IDH ha profundizado aún más en la materia, al indicar que "la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un Principio general del Derecho Internacional"[24]. Esto reviste una importancia crucial, puesto que integra a la consulta indígena dentro de las fuentes formales del Derecho Internacional, lo que tendrá relevancia respecto de aquellos Estados que no tengan vigente el Convenio 169 OIT.

Claramente esta afirmación de la Corte IDH resulta llamativa, puesto que su fundamentación se encuentra en el consenso internacional relativo a la consulta que se manifiesta en el incremento de normas convencionales y de derecho interno al respecto; lo que podría llevar a algunos a relacionarlo más con una Costumbre Internacional, que con un Principio general de Derecho Internacional, y tal diferenciación tiene poderosas implicancias prácticas, que comienzan con la carga probatoria que implicaría la invocación de una costumbre y la posibilidad eventual de la existencia de un objetor persistente o la coexistencia de diversas costumbres al respecto.

Además, una de las particularidades del caso estriba en que es justamente Ecuador quien posee una de las Constituciones Políticas más acordes con los tiempos y la necesidad de proteger los derechos de los Pueblos Indígenas, tal como fue constatado por el perito de la causa James Anaya.

De lo anterior, se colige que el estándar de protección descrito en la ley interna, puede diferir mucho con el grado de protección real del que disponen los Pueblos Indígenas, tal como lo ha constatado el perito Acosta Espinoza, quien se refiere a que antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1998 y el Convenio 169 OIT, Ecuador desplazó a la población indígena e incluso propició la desaparición de otros pueblos[25].

Otro punto destacable es que la Corte IDH reitera y profundiza respecto de los criterios de aplicación del derecho a la consulta, especificando que éstas deben realizarse en forma activa e informada, según las costumbres y tradiciones del pueblo en cuestión, deben realizarse de buena fe, bajo procedimientos culturalmente adecuados y con la necesidad de llegar a un acuerdo, todo desde las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión[26].

A este respecto, la Corte IDH parece alinearse con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007[27] así como con los criterios desarrollados por la doctri-

23 A mayor abundamiento, la línea argumental de la Corte IDH se encuentra descrita en el §172 de la sentencia en comento.

24 Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. §165.

25 *Ibid*. §170.

26 *Ibid*. §177.

27 Tal Declaración de Naciones Unidas fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución A/61/295, 61º período de sesiones (13 de septiembre de 2007). En ella se consagra de manera genérica en el art. 19 el derecho a consulta sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas; y contempla otras manifestaciones específicas del derecho a la consulta en los art. 15.2 derecho de consulta sobre las medidas gubernamentales para combatir la discriminación; 17.2 derecho de consulta sobre las medidas gubernamentales para combatir la explotación económica de la infancia indígena.

na y por el Relator Especial de Naciones Unidas de la materia, James Anaya, quien además ofició como perito en la causa.

Esta determinación y profundización en las características que debe revestir la consulta tiene especial importancia en el caso en comento, puesto que efectivamente hubo acercamientos entre la empresa petrolífera, y sus contratistas, y las comunidades indígenas; estos acercamientos estuvieron muy lejos de los parámetros determinados por la Corte IDH, por lo tanto, el Estado incurre en responsabilidad al delegar un deber internacional en un privado y no supervigilarlo adecuadamente[28], lo que implica un nuevo parámetro que deberá analizarse a la hora de juzgar el cumplimiento del estándar internacional que informa el derecho a la consulta indígena, el que además es de gran aplicación práctica y de especial relevancia en relación a una atribución de responsabilidad bajo una teoría normativa.

Probablemente uno de los puntos en que la Corte IDH queda en deuda es la determinación, si a su criterio es posible delegar el deber de consulta supervigilando su ejecución. Aunque en la especie no habría tenido mayor relevancia, porque la escasa actividad estatal en el procedimiento de "consultas" llevado a cabo por la empresa CGC, se limitó a prestar presencia militar durante las incursiones de la petrolífera en el territorio del Pueblo de Sarayaku[29], lo que implica que no sólo no actuó de buena fe, sino que se propició un ambiente de desconfianza y conflicto[30].

En forma relacionada, pero independiente, se analizó la obligación del Estado de adoptar las medidas de derecho interno tendientes a la protección efectiva de los derechos en cuestión. Esto es, la aplicación del artículo 2 de la CADH. Esta obligación es aquella que permite la materialización del goce efectivo de los derechos, pues evita en principio, que éstos queden como letra muerta cuando se trata de disposiciones que requieren una reglamentación de derecho interno para poder materializarse[31].

En lo relativo a las alegaciones de la CIDH[32] en orden a que el Estado de Ecuador habría violado el artículo 4 de la CADH al permitir la instalación de explosivos en el territorio del Pueblo de Sarayaku, poniendo en riesgo la vida y la integridad de sus habitantes. La Corte IDH ha estado por confirmar esas violaciones[33] entendiendo que el riesgo de explosión llevó a los habitantes de Sarayaku a limitar sus áreas de caza, pesca y recolección, lo que afectó seriamente su seguridad, integridad y productividad[34], es decir, estuvo por reafirmar que existe responsabilidad estatal por comisión por omisión.

Asimismo, se pronunció respecto de la libertad personal, que habría sido vulnerada por la detención de varios representantes Kichwa en enero del 2003 en condiciones de dudosa legalidad. De este modo se indicó que debe distinguirse entre una obligación negativa (nadie puede ser privado de su vida y libertad arbitrariamente) y una obligación positiva: la de tomar las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida y la libertad personal. Lo que se relaciona con el artículo 8.1 (Derechos a las garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH[35].

28 Esto coincide con lo planteado en el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12*34 de 15 de julio de 2009, pp. 53 y ss.

29 Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* Fondo y reparaciones. §190 a 192.

30 *Ibid*. §199.

31 La determinación del carácter de auto-ejecutable del derecho a la consulta es un tema relativamente debatido. Puesto que la forma en la que se encuentra redactado el artículo 6 del Convenio 169 OIT no es exhaustiva. Sin embargo, esto se debe a que las características de los pueblos indígenas de los diversos Estados que componen el Sistema Interamericano difieren mucho unos de otros, por lo que la formulación de un procedimiento único para todos devendría en un mayor perjuicio para los mismos.
A este respecto, en Chile, el carácter auto-ejecutable del artículo 6 del Convenio 169 OIT ha posibilitado su aplicación directa por parte de los Tribunales de Justicia y ha quedado refrendado por el considerando séptimo de la sentencia rol 309 del Tribunal Constitucional.

32 Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. §233 y ss.

33 *Ibid*. §341.

34 *Ibid*. §234 y 235.

35 *Ibid*. §261 y 271.

La Corte IDH ha estimado que el Estado de Ecuador, si bien dispone de recursos y procedimientos formales de protección judicial, no ha cumplido con la exigencia del Derecho Internacional, puesto que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia, ni conforme a sus obligaciones de garantizar el derecho a la integridad personal del artículo 5.1 de la CADH.

En términos generales, esta sentencia representa el punto más alto de protección del derecho de propiedad indígena al que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha arribado hasta la fecha, dados los aportes que introduce respecto de los criterios de aplicación del derecho a la consulta, así como la realización de una visita oficial al Pueblo de Sarayaku, por parte de una delegación de jueces, la que surgió a requerimiento tanto de una de las víctimas, como del Presidente de Ecuador.

Esta visita juega un rol crucial, tanto por la verificación de las reales condiciones de vida de los afectados, como por ser la primera vez que la Corte IDH realiza este tipo de diligencias en el lugar de los hechos, en el contexto[36] de un caso contencioso sometido a su jurisdicción ; y en especial porque, a raíz de esa visita, el Secretario de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República de Ecuador reconoció responsabilidad por parte del Estado. Tal declaración produjo importantes efectos jurídicos incluyendo el rechazo de la excepción de no agotamiento de la vía interna[37], por ser ésta incompatible con el reconocimiento[38].

Otro aspecto destacable respecto de la diligencia *in situ* es la valoración que se le da a la misma en el proceso de la Corte. Así se ha determinado en los párrafos 20, 49 y 50 que su objetivo es obtener información adicional de las víctimas y lugares en los que acontecieron los hechos, lo que se realiza mediante inspecciones oculares como por la recepción de declaraciones. Estas pruebas, a juicio de la Corte IDH, no podrán ser valoradas en forma independiente, sino que tendrán que ser vistas en el contexto de otras pruebas, de modo que servirán para calificarlas.

Lamentablemente, poco innova la sentencia en las medidas de reparación puesto que la condena a Ecuador se tradujo en la obligación para el Estado de retirar la pentolita (explosivo sembrado en territorio Sarayaku) superficial y deshabilitar aquellas que se encuentran en forma subterránea[39] luego de realizar las debidas consultas respecto del procedimiento de retiro; además, el Estado deberá adoptar las medidas de derecho interno que permitan la plena operatividad de los derechos afectados en este caso, incluyendo medidas de carácter administrativo como la capacitación en derechos humanos de los pueblos indígenas a funcionarios militares, policiales y judiciales que se relacionen con comunidades indígenas.

Adicionalmente la Corte identificó a la sentencia como una forma *per se* de reparación; así como ordenó la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y publicidad a la sentencia por vía de prensa escrita y radial. Mientras que en lo relativo a los daños materiales, estos fueron estimados en noventa mil dólares, los inmateriales en un millón doscientos cincuenta mil dólares y las costas en cincuenta y ocho mil dólares.

De este modo, en este caso ha quedado de manifiesto la responsabilidad por parte del Estado de Ecuador. Sin embargo, eso no es lo más relevante, puesto que como se indicó, el mismo Estado reconoció cierto grado de responsabilidad mediante una declaración. La importancia de la sentencia se encuentra en el desarrollo de los criterios sobre los que deben operar el derecho a la consulta y el derecho a la propiedad indígena, en forma conjunta, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Además, se pronuncia en detalle respecto de la temporalidad de la obligación de consultar, estableciendo que el derecho a la consulta es más que un derecho convencional, sino que es un Princi-

36 *Ibid*. §18 a 21.

37 Dentro de las gestiones judiciales de derecho interno efectuadas por las víctimas, se encontraba un amparo constitucional que fue declarado desistido por inactividad del recurrente, aun cuando cabe destacar que las condiciones en que se tramitó el recurso son algo cuestionables.

38 Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. §30.

39 *Ibid*. §293 a 295.

pio general de Derecho Internacional, por lo que lo hace aplicable, incluso cuando Ecuador no había ratificado el Convenio 169 OIT y articula, como en otras ocasiones, el derecho a la consulta como un mecanismo de protección del derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos; teniendo como punto de partida, y sólo como punto de partida, el artículo 21 de la CADH.

Otro punto destacable es la realización de visitas al lugar de los hechos, puesto que es la primera vez que se realizan por parte de la Corte IDH, y esto abre la puerta a una nueva forma de obtención de pruebas y generación de instancias de solución para casos futuros. Punto en el que la Corte IDH estaba algo atrasada respecto a otros tribunales que si contemplan visitas *in situ*.

Así, a través de la sentencia la Corte IDH, o más bien, el Sistema Interamericano, al resolver el conflicto entre el Pueblo Kichwa de Sarayaku con Ecuador, ha generado grandes aportes al Derecho Internacional que pasan tanto por el reconocimiento de los pueblos indígenas como un sujeto de derecho de carácter colectivo, la caracterización de la consulta como un Principio general de Derecho Internacional, además de profundizar en el estándar de cumplimiento agregando nuevos criterios como la imposibilidad de delegación del deber de consulta en terceros y en la carga probatoria para el Estado relativo al cumplimiento de tal deber; y el establecimiento de un nuevo modo probatorio, representado por las visitas *in situ*, que eran una larga deuda de la Corte IDH, tal como ahora lo es, para el Derecho Internacional en general, la inexistencia de un organismo o instrumento de alcance global relativo a la materia indígena.

AUTORES

Carmen Gloria Pérez Villar

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Universidad de Valparaíso. Profesora de Derecho Internacional Universidad de Valparaíso y Universidad de las Américas.

Patricio Kamal Cury Pastene

Abogado Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho Universidad del País Vasco. Profesor de Derecho Económico Universidad de las Américas.

Pascua Lama, complejidades y proyecciones internacionales

Introducción

Cada uno de los miembros de nuestra sociedad actual, en los distintos roles que le ha tocado jugar, puede percibir lo complejo que se nos presenta el mundo. Lleno de oportunidades, por una parte, y lleno de limitaciones por otra. Esto, dicho en forma tan genérica, lo podemos extrapolar al mundo del Derecho y más precisamente al mundo del Derecho internacional. De la forma más gráfica posible, queremos exponer esta idea, que estimamos será la tónica que nos depara el futuro.

Desde ya señalamos que, si bien hemos seguido un ejemplo concreto –el caso Pascua Lama– para exponer nuestras ideas, ello no tiene por objeto personalizar la perspectiva que aquí presentamos, ni hacer crítica alguna contra las personas o empresas citadas, pues lo que pretendemos es exponer justamente las complejidades y perplejidades que debe enfrentar el Derecho en el mundo actual.

Nuestra perspectiva se iniciará considerando las relaciones internacionales establecidas con Argentina –por el área geográfica implicada– y también con Canadá, por el origen de la corporación privada protagonista del caso, todo ello consagrado en acuerdos internacionales tradicionales, como son los tratados o convenciones internacionales. Analizaremos, particularmente, aquellos instrumentos internacionales vinculados directamente con el proyecto Pascua Lama y los compromisos asumidos por Chile, respecto de él, que son el fundamento que sirve de sustento a la implementación de un proyecto minero que crea una zona especial binacional con Argentina, donde se explotan los minerales de ambas naciones conjuntamente. Esta situación ya es una cuestión interesante en sí misma, por cuanto se bajan las barreras de la soberanía, tan dedicadamente cuidadas en nuestro continente, en pos de un proyecto de inversión de gran envergadura que, por cierto, no ha pasado desapercibido en la comunidad nacional, debido a varias aristas que han llevado a la judicialización de los conflictos generados, los que se han ventilado en distintos foros e instancias, según veremos.

Hay que tener presente que el proyecto Pascua Lama es el primer proyecto minero binacional

del mundo y consiste en desarrollar una mina que comparten Chile y Argentina. Se trata de una mina de oro a rajo abierto, ubicada a más de 4.000 metros de altura en la frontera de Chile con Argentina (entre los 3.800 y los 5.200 metros)[1].

Precisamente, veremos cuáles han sido las instancias y las reclamaciones que han habido en sede jurisdiccional respecto del proyecto y cómo se han manejado casos semejantes en la en la jurisprudencia comparada, la que ha debido pronunciarse sobre variados aspectos en los que inciden proyectos de la envergadura del que aquí nos interesa.

Finalmente sólo queremos mostrar las complejidades que produce la globalización en el mundo del Derecho y los desafíos para los operadores jurídicos para ordenar y relacionar los distintos frentes que pueden verse involucrados.

I. Compromisos internacionales asumidos por Chile a través de tratados vinculados al proyecto Pascua Lama

A. Tratados fundantes de la integración minera con Argentina

En el presente acápite mostramos la evolución de una serie de tratados que en definitiva entregan una serie de facilidades a los inversionistas para la ejecución de proyecto Pascua Lama. Así, se puede visualizar claramente cómo por medio de instrumentos internacionales vinculantes se va dando un rol cada vez más preponderante a los entes del sector privado.

1) Tratado de Paz y Amistad, de 1985[2]. Sin perjuicio de los 335 tratados celebrados con Argentina que aparecen registrados en la página del Congreso, el primer acuerdo que debemos considerar, que funda nuestras relaciones actuales con Argentina es, sin duda, el Tratado de Paz y Amistad suscrito en 1984, donde se establece un compromiso explícito de intensificar la cooperación económica entre los dos países. Este compromiso se concretó precisamente en un Acuerdo de Complementación Económica, que en el marco de la ALADI lleva el Nº 16 y fue suscrito en 1992 (en adelante ACE Nº 16).

2) Acuerdo de Complementación Económica con Argentina, de 1992[3]. Este tratado tiene la forma de un acuerdo en forma simplificada o acuerdo administrativo (suscrito conforme al antiguo Art. 50 inc. 2, de la Constitución, antes de la reforma de 2005), lo que significa que no fue sometido a la aprobación del Congreso, sino que fue suscrito conforme a las facultades propias del Presidente de la República, en cumplimiento de un acuerdo marco anterior, en este caso el Tratado de la ALADI (que creó la Asociación Latinoamericana de Integración).

Entrando al fondo del tratado, ya en el preámbulo del mismo se estable la "necesidad de profundizar la integración binacional, creando sólidos intereses recíprocos para optimizar el uso de sus recursos y estructuras productivas y mejorar así las condiciones de inserción competitiva en la economía internacional". Por tal motivo, el artículo inicial de este tratado establece como uno de los objetos del mismo "facilitar el desarrollo de proyectos de interés común en el ámbito de la industria, la infraestructura, la energía, la minería, el turismo y en otros sectores, especialmente con la activa participación del sector privado" (Art. 1º d, ACE Nº 16). Por otra parte, también se establece que: "Los países signatarios destacan la conveniencia de promover y facilitar el desarrollo de proyectos mineros a ambos lados de la frontera por personas físicas o jurídicas de los dos países, así como también la participación de inversiones extranjeras en los mismos" (Art. 18, ACE Nº 16).

3) Protocolo N° 3 sobre "Cooperación e Integración Minera", de 1992. En el mismo ACE Nº 16, se suscribe conjuntamente con el cuerpo principal del tratado, este protocolo que establece que las Partes acuerdan poner en marcha un

1 http://pascua-lama.com/conocenos/proyecto-pascua-lama/ [fecha de la consulta 2 de septiembre de 2013]

2 Decreto Supremo 401 M. RR.EE., de 14 de mayo de 1985.

3 Decreto Supremo 1465 M. RR.EE., de 4 de abril de 1992.

programa de intercambio de información científico-técnica de superficie entre sus organismos administrativos con competencia minera (la Dirección Nacional de Minería de la República Argentina y el Servicio Nacional de Minería y Geología de la República de Chile), a fin de evaluar y posibilitar el desarrollo de proyectos conjuntos de exploración y explotación de los recursos mineros existentes a lo largo de las fronteras entre ambos países (Art. 2 Protocolo Nº 3). Esta información se referirá principalmente a una franja de aproximadamente cuarenta kilómetros de ancho a ambos lados de las fronteras de los respectivos países. Adicionalmente, se señala que ambos países coinciden también en la conveniencia de promover la armonización de sus respectivas legislaciones mineras (Art. 5 Protocolo Nº 3).

4) Vigésimo protocolo adicional al Acuerdo de Complementación Económica con Argentina Nº 16 para facilitar la ejecución del proyecto minero denominado Pascua Lama, de 1997[4]. Este acuerdo también fue aprobado en forma simplificada, el que luego fue reemplazado, el año 2004, por el *Protocolo Adicional Específico al Tratado sobre Integración y Complementación Minera* para el mismo proyecto, por lo que sólo citaremos sus normas introductorias, con el único fin de dar continuidad cronológica al estudio que aquí presentamos, en relación a los instrumentos fundamentales que sostienen el proyecto Pascua Lama.

Así, las Partes en el extinto Protocolo Vigésimo que aquí comentamos, acordaron "Formalizar en el marco del Acuerdo de Complementación Económica Nº 16 y de su Protocolo Nº 3 sobre Cooperación e Integración Minera, el acuerdo alcanzado entre sus Gobiernos para facilitar la ejecución del proyecto minero denominado Pascua Lama, en los términos y condiciones que se establecen en el Anexo que forma parte del presente Protocolo" (Artículo único).

Luego, en el anexo se dispone que: el proyecto minero, denominado Pascua Lama, contempla la prospección geológica en ambos lados de la frontera entre Chile y Argentina, con el objeto de explorar, desarrollar y operar uno o más yacimientos mineros que pudieren ser identificados, lo cual permitirá maximizar la explotación de dichos cuerpos mineralizados dentro del área de operaciones. Esta área se ubica en la frontera entre las Repúblicas de Chile y Argentina, extendiéndose a ambos lados de la misma, localizándose en Chile, en la Comuna de Alto del Carmen, Tercera Región de Atacama y en la República Argentina, en la Provincia de San Juan.

En la actualidad, se ha localizado en el área de operaciones chilena un yacimiento denominado Pascua, que podría extenderse hacia territorio argentino, el cual se encuentra en este momento bajo estudio de factibilidad económica.

La ejecución del proyecto está a cargo, en el lado chileno, de la empresa "Compañía Minera Nevada S.A." (Sociedad anónima cerrada constituida de acuerdo a las leyes chilenas), y en el lado argentino, de "Barrick Exploraciones Argentina S.A." (Persona jurídica de derecho privado constituida de acuerdo a las leyes de la República Argentina). Ambas compañías son subsidiarias de Barrick Gold Corporation, empresa domiciliada en Royal Bank Plaza, South Tower, Suite 2700, 200 Bay Street, ciudad de Toronto, Canadá.

5) Vigesimotercer protocolo adicional al Acuerdo de Complementación Económica con Argentina nº 16, relativo al proyecto minero Pascua Lama, de 1998[5]. El objetivo de este instrumento es: reglamentar el Vigésimo Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica Nº 16 sobre las Facilitaciones establecidas para el Proyecto Minero Pascua Lama (comentado en el número anterior), y tiene por objetivo fijar los procedimientos aplicables al control de las actividades del Proyecto por parte de los diversos organismos públicos de ambos países con competencia al efecto, constituyendo el cuerpo reglamentario de sus respectivas funciones en el ámbito del área de operaciones, cuyos términos y condiciones se establecen en el anexo que forma parte del Protocolo. En éste se establecen regla-

4 Decreto Supremo 322, M. RR. EE., de 04 de junio de 1997.

5 Decreto Supremo 760, M. RR.EE., de 20 de agosto de 1998.

mentaciones de aspectos aduaneros, tributarios, migratorios, de seguridad, fito y zoosanitarios, de salud, facilitaciones aéreas, y ubicación y características de los controles fronterizos. Adicionalmente, se amplía el área de operaciones hacía el lado chileno, manteniéndose inalterable en el lado argentino (Art. Cuadragésimosexto).

Por último, se debe hacer presente que este protocolo fue aprobado en forma simplificada, al igual que el Vigésimo, y que igualmente fue reemplazado por el Protocolo Adicional Específico al Tratado sobre Integración y Complementación Minera de 2004, que se comenta más adelante, en el nº 8 de este acápite.

6) Tratado sobre Integración y Complementación Minera y sus Anexos I y II y su Protocolo Complementario, de 2001[6]. Este es uno de los instrumentos fundamentales que sostienen el proyecto Pascua Lama actualmente. En el preámbulo de este acuerdo las Partes afirman que están "Conscientes del interés común de establecer un marco jurídico que facilite el desarrollo del negocio minero por nacionales de ambas Partes en el ámbito de aplicación del tratado, y considerando que un tratado constituye el instrumento jurídico más idóneo para crear y establecer un marco legal común, destinado a aplicarse en ambas Partes y circunscrito, en la especie, al desarrollo de todas las actividades propias y vinculadas al negocio minero, acuerdan lo que sigue". En cuanto al alcance y objeto del tratado, se señala que éste constituye un marco jurídico que regirá el negocio minero dentro de su ámbito de aplicación y tiene por objeto permitir a los inversionistas de cada una de las Partes participar en el desarrollo de la integración minera que las Partes declaran de utilidad pública e interés general de la nación (Art 1º, inc. 1).

En un sentido más práctico se señala que "Las prohibiciones y restricciones vigentes en las legislaciones de cada Parte, referidas a la adquisición de la propiedad, el ejercicio de la posesión o mera tenencia o la constitución de derechos reales sobre bienes raíces, o derechos mineros, establecidas en razón de la calidad de extranjero y de nacional chileno o argentino, no serán aplicables a los negocios mineros regidos por el presente Tratado" (Art 1º, inc. 2). Se establece, entonces que: "Las Partes permitirán, conforme a sus respectivos ordenamientos jurídicos: a) El acceso, desempeño y protección de todas las actividades y servicios que tengan relación con el negocio minero, mediante el ejercicio de los derechos establecidos en la legislación de cada una de las Partes, entre los cuales se incluyen las servidumbres y otros derechos contemplados en favor de las concesiones mineras y las plantas de beneficio, fundición y refinación, todos los cuales se extenderán a las concesiones y plantas del territorio de la otra Parte en que se aplique el Tratado. El Protocolo Adicional Específico, a que se refiere el artículo 5, determinará el área de constitución de las servidumbres necesarias y de ejercicio de los derechos consagrados en el párrafo precedente (Art 1º, inc. 3, a).

Es importante destacar que, justamente, mediante los protocolos adicionales que se establecen en el artículo 5, se puede ampliar el área de operación del tratado y, además, la vigencia de éstos es a partir de su sola firma, según se ve a continuación: "Los Protocolos Adicionales Específicos entrarán en vigor en la fecha de su firma (Art. 5, inc.1 frase final). Las Partes podrán, cuando sea necesario, en los Protocolos Adicionales Específicos, determinar un área que exceda excepcionalmente el ámbito de aplicación del presente tratado para la constitución de las servidumbres contempladas en el artículo 1 (Art. 5, inc. 2).

Como eje central de estas disposiciones debemos destacar la norma que consagra expresamente el principio de "Trato Nacional", que es la base fundamental de estos acuerdos, donde se señala que: "ninguna de las Partes someterá a los inversionistas de la otra Parte, a un trato menos favorable que el otorgado a sus propios nacionales y sociedades" (Art. 4). El principio recién reseñado se debe complementar con las normas sobre facilitación fronteriza que se compromete en los siguientes términos: "Las Partes, de acuerdo con sus respectivas legislaciones y para cada Protocolo Adicional Específico, realizarán acciones de coordinación de

6 Decreto Supremo 2275, M. RR. EE., de 7 de febrero de 2001.

sus organismos públicos competentes, de modo de facilitar a los inversionistas de ambas partes el desarrollo del respectivo negocio minero (Art. 6. Inc. 1). Las Partes podrán establecer controles integrados para los procedimientos administrativos y operativos, con el fin de facilitar el acceso y la salida del Área de Operaciones en el territorio de una o ambas Partes" (Art. 6, inc. 3).

De acuerdo a las normas transcritas, prácticamente desaparece cualquier restricción fundada en el concepto de frontera, o nacionalidad de los intervinientes, difuminándose con ello los tradicionales límites impuestos por la soberanía, donde "el negocio minero" pasa a ser la prioridad y los inversionistas el centro de atención, en este espacio extraterritorial, especie de tercer Estado binacional, con ciudadanos también especiales, los inversionistas. Así, el aparato público de ambos Estados debe prestar toda la colaboración necesaria con el fin de apoyar el buen desarrollo precisamente del citado "negocio minero"[7].

7) Protocolo Complementario del Tratado sobre Integración y Complementación Minera, de 2001. Este cuerpo normativo, como su nombre lo indica fue suscrito conjuntamente con el *Tratado sobre Integración y Complementación Minera de 2001*, recién citado y que por cierto también conoció el Congreso en esa misma oportunidad.

Dentro de las normas que conviene destacar, en orden a mostrar las facilidades que se otorgan para la expedita gestión del proyecto, está la que establece que: "La Comisión Administradora determinará los procedimientos y demás medidas necesarias para adecuar los Protocolos Adicionales Específicos correspondientes a los actuales proyectos mineros Pascua Lama y Pachón a las disposiciones del Tratado, una vez que éste entre en vigencia" (Art. Sexto Protocolo Complementario).

Adicionalmente, nos parece interesante señalar aquellas normas que otorgan prerrogativas especiales al sector privado, para actuar como asesor directo de la Comisión Administradora del Tratado de integración y complementación minera, en los siguientes términos: "En el cumplimiento de sus funciones, y respecto de las materias que se sometan a su estudio y resolución, la Comisión Administradora podrá efectuar consultas a representantes del sector privado. A tal efecto, cada Parte podrá crear una comisión asesora empresarial, formada por representantes de los diferentes sectores de la actividad minera, cuya función consistirá en dar asesoría en los temas en que sea consultada por la Comisión Administradora" (Art. Séptimo, Protocolo Complementario).

8). Protocolo Adicional Específico al Tratado sobre Integración y Complementación Minera para el proyecto minero "Pascua Lama", de 2004[8]. En primer lugar, debemos decir respecto de este tratado que, desde el punto de vista formal, estamos frente a un acuerdo en forma simplificada, o sea que no hubo intervención del Congreso en su aprobación, ya que se entiende que su contenido viene a complementar un tratado marco previamente aprobado, precisamente el Tratado sobre Integración y Complementación Minera, de 2001. Adicionalmente, hay que hacer presente que este acuerdo sustituyó dos protocolos adicionales al ACE N°16, referidos específicamente al proyecto Pascua Lama, el Protocolo Vigésimo y Vigésimo tercero, de 1997[9] y 1998[10], respectivamente, que anteriormente citamos en los números cuatro y cinco de este acápite.

7 También es interesante destacar los términos amplios con que se define el concepto de negocio minero, como el "Conjunto de actividades civiles, comerciales o de otra naturaleza que se relacionan directamente con la adquisición, investigación, prospección, exploración y explotación de yacimientos o de concesiones y derechos mineros en general; con el beneficio de minerales y obtención, a partir de ellos, de productos y subproductos mediante su fundición, refinación u otros procesos; y con el transporte y comercialización de los mismos (Art. 2 A).

8 Decreto Supremo 179 M. RR.EE., de 11 de diciembre de 2004.

9 Vigésimo Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica con Argentina Nº 16, para facilitar la ejecución del proyecto minero denominado Pascua Lama (Decreto Supremo 322 M. RR.EE., de 4 de junio de 1997).

10 Vigesimotercer Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica con Argentina Nº 16, relativo al proyecto minero Pascua Lama (Decreto Supremo 760 M. RR.EE., de 20 de agosto de 1998).

Entrando de lleno al tratado y, conforme a su preámbulo, se establece que el área de operaciones comprende territorios contiguos de la República de Chile, en la Tercera Región de Atacama, y de la República Argentina, en la Provincia de San Juan, y que la ejecución del proyecto en el territorio chileno está a cargo de la empresa "Compañía Minera Nevada Limitada" (sociedad comercial de responsabilidad limitada constituida de acuerdo con las leyes chilenas), y en el territorio argentino, de "Barrick Exploraciones Argentina S.A." (Persona jurídica de derecho privado, constituida de acuerdo a las leyes de la República Argentina). Ambas compañías son subsidiarias de Barrick Gold Corporation (empresa domiciliada en BCE Place, TD Canadá Trust Tower, Suite 3700 161 - Bay Street,Toronto, Ontario M5J2S1 Canadá).

Destacamos de este acuerdo los términos amplios en que se otorgan las facilidades, señalándose que: "La empresa o empresas a cargo del Proyecto podrán solicitar a la Comisión Administradora del Tratado de Integración y Complementación Minera, la extensión de los beneficios del presente Protocolo a otros derechos o concesiones mineras constituidos de acuerdo al respectivo ordenamiento jurídico de la Parte correspondiente, incluyendo servidumbres mineras, que requieran de las mismas facilitaciones fronterizas allí establecidas, o la adopción de medidas para la suscripción de otros Protocolos Adicionales Específicos o la modificación del que se encuentre vigente. Las Partes decidirán a este respecto" (Art. 2, inc. 3). Igualmente "Las empresas podrán solicitar a la Comisión Administradora del Tratado la modificación del área de operaciones, presentando las justificaciones correspondientes" (Art. 3 inc. 3).

Siguiendo con las facilidades destacamos aquella que señala que "Las Partes se obligan a instruir a sus organismos públicos aduaneros, tributarios, migratorios, sanitarios, de salud y de seguridad, entre otros, para que en el ejercicio de sus funciones y dentro del ámbito de sus respectivas competencias, efectúen las coordinaciones tendientes a facilitar el desarrollo de las actividades propias del Proyecto, en la forma y circunstancias que se señalan en el presente instrumento" (Art. 4, inc. 2).

Luego, en una disposición que llama la atención, se hace referencia al pago en que deberán incurrir las empresas frente a estas facilidades, de la siguiente forma: "Las Partes otorgarán las facilitaciones contempladas en el presente Protocolo sólo si las empresas que desarrollen el Proyecto asumen, en conformidad con la legislación de cada Parte, la totalidad de los gastos asociados a la operación de los organismos públicos competentes y en los cuales deban incurrir las Partes por la aplicación del Tratado y del presente Protocolo Adicional Específico (Art. 4, inc. 3º). Asimismo, la infraestructura necesaria para la operación de tales organismos públicos en el área de operaciones, será de cargo de las empresas y se entiende que forma parte del Proyecto" (Art. 4, inc. 4º).

Por último, y vinculado con esta presentación, es muy importante la norma que señala que "El Proyecto y las actividades asociadas a éste en el área de operaciones se llevarán a cabo con sujeción a las disposiciones del Tratado, de su Protocolo Complementario, del presente Protocolo Adicional Específico y a la legislación interna de las Partes" (Art. 1). Es a esta última referencia, es decir al rol que juegan ciertas leyes internas, por ejemplo y especialmente, las de protección ambiental e indígena, a lo que nos referiremos en los párrafos siguientes, para determinar cuál es su real peso en relación a la protección de los inversionistas y sus inversiones.

B. Tratados que consideran aspectos medioambientales vinculados con el proyecto Pascua Lama

Veremos, a continuación, algunas normas establecidas en estos mismos tratados u otros, vinculados a la protección del medio ambiente, para determinar el rol que dicho aspecto juega en relación con las obligaciones principales contraídas por los Estados, en los tratados que veníamos comentando, orientadas principalmente al fomento del negocio minero, como medio para alcanzar el desarrollo económico.

Ambas cuestiones, o sea la protección de las inversiones vs., las reclamaciones de las comunidades, fundadas en cuestiones medioambientales y

también en reclamaciones indígenas, están generando cada vez mayores tensiones que aun no encuentran –en nuestro concepto– una vía adecuada para su canalización.

1) Tratado con Argentina sobre medio ambiente y sus protocolos específicos adicionales sobre protección del medio ambiente antártico y recursos hídricos compartidos, de 1991[11]. Este tratado desde el punto de vista técnico-jurídico es un acuerdo en forma simplificada, pues no fue presentado al Congreso para su aprobación, ya que se entendió como una forma de ejecutar un tratado anterior, el Tratado de Paz y amistad de 1985.

Ya en el preámbulo del tratado, ambos países manifiestan su "preocupación por el severo y persistente deterioro del medio ambiente en el mundo, reconocen la necesidad de armonizar la utilización de los recursos naturales que comparten con la protección del medio ambiente, como una tarea insoslayable para contribuir al desarrollo sustentable y bienestar de sus pueblos y mantener, al mismo tiempo, la calidad de vida".

En cuanto a los objetivos específicos del tratado, se señala en su artículo inicial que, "las Partes emprenderán acciones coordinadas o conjuntas en materia de protección, preservación, conservación y saneamiento del medio ambiente e impulsarán la utilización racional y equilibrada de los recursos naturales, teniendo en cuenta el vínculo existente entre medio ambiente y desarrollo". Además, se declara que "Las Partes coinciden en que las políticas ambientales deben estar al servicio del hombre". Y que "En el marco de esas políticas se prestará particular atención a las poblaciones autóctonas".

Asimismo, "Cada una de las Partes se compromete a no realizar acciones unilaterales que pudieren causar perjuicio al medio ambiente de la otra". Y por último "acuerdan concertar sus posiciones en los procesos negociadores que se desarrollen en foros multilaterales sobre los temas objeto del presente Tratado".

Una norma de especial interés para este trabajo es aquella que se refiere al ámbito de aplicación, donde se dispone que las Partes llevarán a cabo las acciones coordinadas o conjuntas objeto del tratado, principalmente en cuestiones como "los efectos ambientalmente negativos de las actividades energéticas, mineras e industriales"; señalando específicamente el "desarrollo de métodos de evaluación y adopción de medidas correctivas en actividades mineras, industriales y otras que afecten negativamente al medio ambiente, incluyendo la eliminación y reciclaje de residuos" (Art. II, Nº 8).

En cuanto a los medios que se utilizarán para el logro de estos objetivos, estos se establecerán en Protocolos específicos adicionales y a través de la cooperación en el ámbito de la información e investigación, sin especificarse nada en concreto (Art. III).

2) Protocolo específico adicional sobre recursos hídricos compartidos, de 1991[12]. Este acuerdo se suscribió conjuntamente con el tratado sobre medio ambiente y en él se define como recurso hídrico compartido el agua que escurriendo en forma natural cruza o coincide total o parcialmente con el límite internacional terrestre argentino-chileno (Art. 4).

En cuanto a la fórmula para su regulación, se plantea que "Las Partes convienen en que las acciones y programas relativos al aprovechamiento de recursos hídricos compartidos se emprenderán conforme al concepto de manejo integral de las cuencas hidrográficas. El aprovechamiento de los recursos hídricos en el territorio de una de las Partes, pertenecientes a una cuenca común, no deberá causar perjuicios a los recursos hídricos compartidos, a la cuenca común o al medio ambiente (Art. 1).

También se señala que "Las Partes aceptan los aprovechamientos existentes a la fecha del Protocolo. Sin perjuicio de lo anterior, reconocen la necesidad de que dichos aprovechamientos sean tomados en consideración en las acciones y programas que se emprendan en la cuenca a que pertenezcan, a fin de asegurar la eficacia de su ope-

11 Decreto Supremo 67, M RR.EE., de 14 de abril de 1993.

12 *Idem*.

ración y la armonía con el resto de las obras que se programen" (Art. 2).

Por último, destacamos la disposición que señala que "Las acciones y programas de aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos se efectuarán en forma coordinada o conjunta a través de planes generales de utilización" (Art. 5). Para dicho fin se estableció "un Grupo de Trabajo, en el marco de la Subcomisión de Medio Ambiente, para determinar y priorizar los recursos hídricos compartidos y elaborar los planes generales de utilización" (Art. 6).

3) Tratado con Argentina sobre Integración y Complementación Minera y sus Anexos I y II y su Protocolo Complementario, de 2001[13]. En este importante tratado, que ya hemos comentado en el número seis del acápite anterior, donde se dan amplias facilidades a los inversionistas para el desarrollo de su negocio minero, se establecen facilidades incluso para el uso de los recursos naturales de toda clase en los siguientes términos: "permitirán con ese objeto, el uso de toda clase de recursos naturales, insumos e infraestructura contemplado en el respectivo Protocolo Adicional Específico, sin discriminación alguna, en relación con la nacionalidad chilena o argentina de los inversionistas (Art. 6, inc. 2°).

4) Protocolo Complementario del Tratado con Argentina sobre Integración y Complementación Minera, de 2001[14]. Este protocolo se suscribió conjuntamente con el tratado principal, y de él se reiteran las facilidades que se conceden para el uso de los recursos naturales, de la siguiente manera: "De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 6 del Tratado, se entenderá que las Partes permitirán a los inversionistas de una y otra, el uso de toda clase de recursos naturales necesarios para el desarrollo del negocio minero, comprendiéndose en este concepto los recursos hídricos existentes en sus respectivos territorios, aunque no tengan la calidad de recursos hídricos compartidos, cuyo acceso se concederá dando pleno cumplimiento a la legislación interna del país en que se encuentren dichos recursos" (Art. Tercero).

5) Protocolo Adicional Específico al Tratado sobre Integración y Complementación Minera para el proyecto minero Pascua Lama, de 2004[15]. Complementando las normas anteriores, este tratado, que también ya hemos comentado, y que es el más importante por su especificidad en relación al proyecto Pascua Lama, repite en idénticos términos el art. Tercero del Protocolo Complementario que transcribimos en el número anterior, en su artículo 44, donde prácticamente se ponen a disposición de los inversionistas los recursos naturales que se requieran en pos del negocio minero. Eso sí, y obviamente, respetando la ley interna, en los siguientes términos: "Las Partes aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y al Marco Jurídico Ambiental para la Actividad Minera en Argentina, según corresponda. Asimismo, las Partes promoverán el intercambio de información relevante que tenga relación con los principales efectos ambientales de cada uno de los negocios mineros o actividades accesorias amparadas por este Protocolo" (Art. 46).

C. Tratados relacionados con la protección de inversiones vinculadas al proyecto Pascua Lama

En esta materia citaremos los tratados específicos sobre el tema, que contienen normas especiales para la protección de las inversiones provenientes tanto de Chile, como de Argentina, que es el lugar físico donde se sitúa el proyecto, y de Canadá, que es el origen del inversionista, que en este caso nos ocupa.

1) Tratado entre Chile y Argentina sobre promoción y protección recíproca de inversiones y su protocolo anexo y las notas complementarias al tratado[16].

En el preámbulo de este acuerdo se establece que las Partes están animadas del deseo de intensificar la colaboración económica entre ambos Es-

13 Decreto Supremo 2275, M. RR. EE., de 07/02/2001.
14 *Idem.*
15 Decreto Supremo 179 M. RR.EE., 11/12/2004.
16 Decreto Supremo 1822 M. RR.EE., 27/02/1995.

tados, con el propósito de crear condiciones favorables para las inversiones de los nacionales o sociedades de uno de los dos Estados en el territorio del otro Estado, que impliquen transferencias de capitales, y que se reconoce que la promoción y la protección de esas inversiones mediante un tratado pueden servir para estimular la iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de ambos pueblos.

Como es tradicional en este tipo de tratados las Partes se comprometen a promover las inversiones dentro de su territorio, de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante y a admitirlas de conformidad con sus disposiciones legales vigentes y en todo caso a tratar dichas inversiones "justa y equitativamente", concepto sobre el que se ha discutido reiteradamente en la jurisprudencia arbitral sobre inversiones. De igual manera se señala que "ninguna de las Partes Contratantes perjudicará en su territorio la administración, la utilización, el uso o el goce de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias" (art. 2).

Otra de las cláusulas de estilo en estos tratados son aquellas que consagran el trato nacional y cláusula de la nación más favorecida en el siguiente sentido: "Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados" (Art. 3 Nº 1).

2) Tratado de libre comercio con Canadá. (Tercera Parte. Inversión, servicios y asuntos relacionados) Capítulo G.

Una disposición interesante de destacar es aquella vinculada con el medio ambiente, pues ese es precisamente uno de los temas en juego en este caso. Al respecto la norma dice lo siguiente: 1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental. 2. Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que la otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole (Art. G-14: Medidas relativas a medio ambiente).

D. Tratados vinculados a la cuestión indígena.

En esta materia podemos citar únicamente el Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT[17] que, si bien está vigente en Chile, no ha tenido una aplicación práctica debido a las dudas que se han generado en relación a su autoejecutabilidad. Por tal motivo no nos referiremos particularmente a él, pues excedería con creces las dimensiones de este trabajo.

II. Conflictos jurisdiccionales vinculados al proyecto Pascua Lama

A. Tribunal del medio ambiente. Recurso de reclamación de Compañía Minera Nevada S.p.A.

El Tribunal del Medio Ambiente[18], recibió su primera reclamación en marzo de 2013[19], justamente de la Compañía Minera Nevada S.p.A., sociedad chilena, parte del grupo minero Barrick Gold

17 Decreto Supremo 236 M. RR.EE., de 14/10/2008.

18 Segundo Tribunal Ambiental de Santiago (único existente a la fecha).

19 Rol R Nº 1-2013.

Corporation, titular de diversos proyectos de exploración y explotación de oro a nivel mundial. En Chile dicha compañía es titular del proyecto minero binacional entre Chile y Argentina, denominado Pascua Lama, ubicado en la comuna de Alto del Carmen, Provincia de Huasco, Región de Atacama, fundado en varios tratados internacionales, según ya lo hemos expuesto.

La reclamación de la empresa tuvo su origen en la negativa de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) de acoger la autodenuncia planteada por la misma[20], dando origen a un procedimiento sancionatorio que terminó con importantes multas y sanciones para la trasnacional. La razón que esgrimió la Superintendencia en este caso, es que los hechos descritos por la empresa no eran precisos, verídicos ni comprobables. Además, existían otros incumplimientos por parte de Pascua Lama a su Resolución de Calificación Ambiental (RCA), lo que dio inicio al procedimiento sancionatorio.

Se informó públicamente en la página web de la Superintendencia[21], que, con fecha 24 de mayo de 2013, se aplicaron, en definitiva, sanciones a la Compañía Minera Nevada S.p.A. –subsidiaria de Barrick Gold–, titular del proyecto Pascua Lama, debido a incumplimientos a su RCA, obtenida en 2006. La sanción aplicada corresponde a una multa de 16.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA), equivalentes a casi $ 8.000 millones de pesos, a beneficio fiscal. Esta sanción se aplica por la existencia de un incumplimiento gravísimo y cuatro incumplimientos graves, según la graduación establecida en la Ley Orgánica de la Superintendencia. Los cargos en virtud de los cuales se aplican las sanciones son los siguientes:

- Incumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en su RCA, la que fue clasificada como gravísima y por la cual se cursó una multa de 10.000 UTA. Éste se relaciona con no haber construido obras asociadas al sistema de manejo de aguas de contacto y no contacto, que debían estar implementadas en forma previa a las faenas de excavación.
- Incumplimiento de la Resolución Exenta N° 107, de la misma Superintendencia, que ordenó la adopción de medidas provisionales de corrección, seguridad y control. Este incumplimiento fue clasificado como grave y es objeto de una sanción de 3.500 UTA.
- Incumplimiento de Resolución Exenta N° 574, también de la Superintendencia, que requirió información a los titulares de RCA, calificado como grave, que derivó en una sanción de 500 UTA.
- Incumplimiento de Resolución Exenta N° 37, de la Superintendencia, que dictó e instruyó norma de carácter general sobre entidades de inspección ambiental y validez de reportes. Este incumplimiento de carácter grave fue sancionado con 1.000 UTA.
- Incumplimiento del Requerimiento de Información solicitado en el Acta de Inspección Ambiental realizado por funcionarios de la Superintendencia, calificado como grave y objeto de una multa de 1.000 UTA.

A estas sanciones se suma la adopción de medidas urgentes y transitorias, estableciendo la paralización de las actividades de construcción de Pascua Lama, mientras la empresa no ejecute el sistema de manejo de aguas en la forma prevista en su RCA[22].

Esta es la primera multa cursada por la SMA desde la entrada en vigencia de sus facultades de fiscalización y sanción, ocurrida el 28 de diciembre de 2012.

Por medio de la prensa, en el mes de mayo de 2013, se informa que Barrick pagó la multa en el Servicio de Tesorería, en los siguientes términos: "Minera Nevada S.p.A., subsidiaria de Barrick

20 Conforme al Art. 41 de la Ley 20.417 de 2010 que crea la Superintendencia del Medio Ambiente.

21 http://www.sma.gob.cl/index.php/noticias/comunicados/241-sma-sanciona-a-pascua-lama-por-incumplimientos-a-su-rca

22 Además de lo anterior, y a objeto de evitar daños al medio ambiente, la Superintendencia instruyó a la minera que construya obras de captación, transporte y descarga al estanque de sedimentación norte de la mina, las cuales serán de carácter transitorio, mientras se implementan las obras definitivas.

Gold, pagó la multa impuesta por la SMA el día 29 de mayo. La Ley Orgánica de la SMA establece en su artículo 56, que el infractor que no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la SMA y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la notificación, se le reducirá un 25% el valor de la multa. Así, la multa establecida por la SMA de 16.000 UTA, que corresponden a unos $7.734 millones, al ser pagada dentro de los 5 primeros días hábiles en Tesorería se redujo a 12.000 UTA, equivalentes a $ 5.801 millones. La empresa acreditó dicho pago ante la Superintendencia, recibo que se encuentra disponible en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA). Pese al pago de la multa, el proyecto minero continuará paralizado mientras no se ejecuten las obras para el manejo de aguas establecidas su RCA y solicitadas por la resolución sancionatoria de la SMA. Además, y a objeto de evitar daños al medio ambiente, la Superintendencia instruyó que la minera construya obras de carácter transitorio, que involucran obras de captación, transporte y descarga al estanque de sedimentación norte de la mina, las que deben estar implementadas antes de la temporada de deshielos. La compañía tiene 10 días hábiles para presentar el cronograma de trabajo de dichas obras ante la SMA.

El resultado final de la gestión judicial radicó en desistimiento de la empresa, ante el Tribunal del Medio Ambiente, presentado con fecha 6 de mayo, en razón del pago de las multas impuestas, por el que optó la corporación canadiense, según se ha indicado.

Actualmente, también por la prensa, nos hemos enterado que "la minera canadiense Barrick, el mayor productor mundial de oro, anunció que decidió suspender la construcción del proyecto Pascua Lama, manteniendo sólo las obras que se requieren para la protección del medio ambiente y el cumplimiento regulatorio, en medio de sus esfuerzos para reducir costos"[23].

23 http://www.latercera.com/noticia/negocios/2013/10/655-549612-9-barrick-decide-suspender-construccion-de-proyecto-minero-pascua-lama.shtml

B. Corte de apelaciones de Copiapó. Recursos de protección. Comunidades diaguitas del Valle del Huasco con Compañía Minera Nevada S.p.A. (Barrick Chile)

Este fallo[24] tiene la particularidad de asemejarse bastante a otros que se han dado en otros lugares del mundo, ya sea porque ha participado la misma empresa o por tratarse de un problema similar, y donde nosotros vemos que se pueden abrir vías a una posible internacionalización del conflicto, a pesar de tratarse de un fallo local que se dicta en un lugar específico en Chile.

No debemos olvidar, según vimos en la primera parte de este trabajo, que el Proyecto Pascua Lama tiene una peculiaridad, está inserto dentro de una serie de tratados entre Chile y Argentina. Por tanto, desde ya tenemos un factor internacional en el caso, donde los Estados acuerdan, precisamente, dar amplias facilidades a ambos lados de la cordillera a la corporación privada encargada de la explotación minera, es decir a Barrick, lo cual ya se trató más atrás. Esta peculiaridad, sin duda, tiene como objetivo disminuir la incertidumbre jurídica asociada al desarrollo de este tipo de proyectos de gran envergadura.

El problema es que, al comenzar a ejecutarse el proyecto, una vez hechos los estudios de impacto ambiental, las comunidades se sintieron afectadas y entablaron, entre otros, un recurso de protección, alegando que el proyecto iba a afectar su forma de vida y que no habían sido debidamente consideradas y consultadas, por lo que se estaban violando normas chilenas vigentes al respecto. Ahora bien, debemos recordar que esto se da en el marco de un compromiso público de la empresa, (a saber, Barrick Gold) en el sentido de que el proyecto iba a ser gestionado con los más altos estándares medioambientales, lo que, justamente, este recurso de protección va a dejar en entredicho. En definitiva, en esta causa se solicita y concede una orden de no innovar, con lo que se paraliza el proyecto por el tribunal.

Una situación como esta, no es nueva para Barrick, que ya en distintas partes del mundo, donde tiene

24 Rol Nº 300-2012 Corte de Apelaciones de Copiapó.

faenas, se ha visto afectada por distintas reclamaciones judiciales, lo cual de alguna manera justifica la suscripción de tratados –varios en el caso de Chile–, con la idea de manejar de mejor manera la incertidumbre que generan estas eventualidades. Según información que circula en internet "uno de sus proyectos claves en Pakistán, en una aventura conjunta con el grupo Luksic, fue definitivamente abandonado por Tethyan Copper Company (TCC) –en adelante, indistintamente llamado también como Reko Diq–, la sociedad conjunta creada con Antofagasta Minerals (AMSA) para explotar el rico yacimiento de cobre y oro Reko Diq, luego de conflictos con el gobierno local de la provincia de Baluchistán y resoluciones adversas en los tribunales, después de haber efectuado elevadas inversiones, según los socios. TCC adquirió a BHP Billiton los derechos otorgados en 1993 para explorar y explotar el yacimiento en US $200 millones. Esta autorización fue declarada ilegal por la Corte Suprema Paquistaní en los primeros días de 2013 por no cumplir –según la resolución– con las leyes mineras que rigen en el país y ser la zona concedida más amplia de la establecida para este tipo de permisos de explotación. La presentación efectuada sólo consideraba la extracción de cobre y oro, en circunstancias, sostiene la resolución, que también existía plata, molibdeno y minerales raros. El derecho a explotar original fue declarado ilegal, habiendo sido otorgado con irregularidades que según el dictamen lo invalidan. Según TCC, que tiene presentado el caso ante el CIADI, organismo dependiente del Banco Mundial, se habían ya efectuado estudios cifrados en US$500 millones, en un proyecto que consideraba una inversión de US $3.300 millones y que llegó a contar entre 2007 y 2010 con una dotación de 150 personas y habiendo efectuado todos los planes de factibilidad. La resolución significó para el grupo Luksic un fuerte golpe en sus planes de constituirse en un actor global más relevante"[25].

Como vemos, luego de perder la concesión, el camino que queda es salir del país para ir a otras instancias jurisdiccionales más favorables a los inversionistas. En el caso de Chile, sin embargo hay tratados involucrados, lo que sin duda debiera dar mayores garantías de certeza jurídica en la ejecución del proyecto. Por otra parte, en el caso Reko Diq comentado, aún estamos en un ámbito bastante tradicional, como es un debate sobre la titularidad de los derechos que permiten la explotación minera. En el caso de nuestro país, el fondo del asunto es más novedoso, pues se está entrando de lleno en el tema indígena, que tiene otros parámetros aun no desarrollados en su total magnitud y que por el momento lo situamos dentro de un tema más amplio, como es la gestión de conflictos con las comunidades locales, que es el hilo conductor que vamos a encontrar dentro de los fallos que vamos a seguir mencionando.

Como decíamos, el asunto ante la Corte de Apelaciones de Copiapó se trata de un recurso de protección presentado por las comunidades locales, donde el tribunal solicitó informes a distintas instituciones, en razón de lo cual se detecta que la empresa recurrida, legalmente Minera Cerro Nevado S.p.A., subsidiaria de Barrick, no estaba respetando los compromisos asumidos en su estudio de impacto ambiental, pero, sobre todo, que había un evidente daño ambiental en unos glaciaretes (glaciares pequeños) que están dentro de la zona de explotación. La Corte se refiere específicamente a dos temas concretos, que son: errores en la fase inicial o instalación del proyecto minero y problemas en el manejo de los estériles, cuestión que forma parte de los procesos de extracción y de desarrollo de la mina y, por último, también va a detectar problemas con el agua. Llama la atención que en el desarrollo de los considerandos, la Corte hace un juicio de reproche respecto de la negligencia y contumacia de Barrick en la remisión de la información solicitada.

Esta misma situación es considerada en un conocido fallo que se dio en Ecuador, *Aguinda versus Chevron Texaco* (también conocido como Lago Agrio, nombre que indistintamente se podrá usar más adelante en este texto)[26]. Este caso, refiere a una acción civil de indemnización de perjuicios

25 http://www.elciudadano.cl/2013/06/12/70931/los-dias-negros-de-barrick-gold/.

26 http://wwwunmundoperfecto.blogspot.com/2012/02/ecuador-aguinda-vs-chevron-otro-triunfo.html

por daño ambiental. Trata sobre un proyecto petrolífero concluido, lo que marca una diferencia con Pascua Lama, y a contario sensu, tiene como punto común, el problema de la contaminación que se genera en la zona de explotación, y en la relevancia que se da a la prueba técnica, específicamente a la que tiene que ver con los peritajes sobre los elementos químicos contaminantes. También hay coincidencia por la afectación de comunidades indígenas. Por último, otro punto relevante común entre ambos casos está en el rol activo asumido por el tribunal, y el ejercicio del principio de inmediación, que lleva a los jueces a constituirse en el lugar para hacer un análisis directo de la situación. Una temática similar se encuentra también en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la causa *Pueblo Kichwa Sarayaku versus Ecuador*[27], donde se conoce acerca de los graves problemas ambientales que afectan a estas comunidades locales (que por razones de extensión del trabajo no alcanzamos a analizar).

En el caso de Pascua Lama se trata de un fallo que se da en el ámbito de una acción constitucional, donde no se está poniendo en duda la continuidad del proyecto, solamente se señala que deben remediarse los puntos críticos, especialmente, los referidos a los estériles y al manejo del agua, pero el proyecto sigue en pie. Con todo, el problema, es que la comunidad no se siente satisfecha con estas medidas y ello puede hacer que el conflicto se internacionalice como ocurrió en los fallos que hemos citado. Así, en el análisis de estos casos descubrimos que hay, al menos tres puntos comunes: una industria extractiva; comunidades indígenas; y grandes proyectos de inversión. Esas tres pautas comunes se repiten en estos fallos.

El caso *Kiobel versus Royal Oil Shell*[28], por su parte se vincula con una explotación de la transnacional Shell en Nigeria, en una causa que involucra graves abusos de derechos fundamentales. Los demandantes alegan que Shell fue cómplice en estos abusos, que incluyen ejecuciones extrajudiciales, tortura, violación y crímenes contra la humanidad. Representantes de nacionalidad nigeriana, residentes en EE.UU, confiando en obtener justicia, presentan una demanda civil contra la empresa en virtud de la Ley norteamericana sobre Delitos Cometidos contra Extranjeros (*Alien Tort Statute* o ATS), en este caso fuera del territorio de los Estados Unidos. Lamentablemente para las víctimas sobrevivientes, la Corte Suprema cerró la posibilidad de hacer litigación internacional en esta causa, contradiciendo importantes precedentes de la misma sobre la materia. Sin embargo, por otra parte el fallo Kichwa Sarayaku abre una ventana, al considerar la necesidad de participación de los pueblos indígenas en temas que les afectan directamente. Aquí enlazamos con lo que dice el fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó, que si bien señala que no se pronuncia sobre el tema de la participación de la comunidad indígena actora de los autos en cuestión, la razón es porque, en definitiva, cuando se inicia el proyecto Pascua Lama, mediante el sometimiento al sistema de impacto ambiental (2006), no estaba vigente el Convenio 169 de la OIT en Chile (2008, lo que no significa que en el futuro si pueda ser considerado, incluso en sede internacional.

Dado lo antes expuesto, el proyecto Pascua Lama –estimamos– se puede complicar, como ocurrió en Pakistán, en el caso Tethyan Cooper, que hemos comentado, en el cual, en definitiva, no se pudo hacer la explotación por las trabas administrativas que se opusieron a la concesión. Estos proyectos billonarios sufren grandes perjuicios con las paralizaciones y por ello la Corte de Copiapó deja constancia que Barrick está extremadamente interesado en que el proyecto se lleve adelante, y con la máxima celeridad y esto, obviamente, porque el tiempo de retraso afecta, en el fondo, las utilidades de la empresa. Barrick que es una corporación transnacional, está presente en múltiples países y como tal tiene múltiples problemas. En los últimos años ha tenido, por lo menos, cuatro casos importantes, en varias operaciones vinculadas con la producción de oro y que tienen que ver con la oposición de las comunidades locales. Ello le ha ocasionado al gigante mundial pérdidas

27 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_245_esp.pdf

28 http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/eeuu-resolucion-corte-suprema-shell-Niger-limita-acceso-justicia-2013-04-17

muy abultadas. En el caso de Chile la oposición de las comunidades y la paralización por los tribunales de la explotación Pascua Lama, ha disparado los costos, si a ello sumamos, además, un factor coyuntural como es la baja en el precio del oro, se ve afectando el desarrollo o la viabilidad misma del proyecto. Entonces, ciertamente, es un escenario complicado, que en estos días vemos corroborado tras el anuncio de la suspensión de actividades hecho por la misma empresa.

Frente a este escenario complejo, nos planteamos sobre cuál podría ser una manera en que Barrick pudiera retrucar o superar este entramado legal en que se encuentra inmersa. Una de las posibilidades a analizar es una demanda contra el Fisco de Chile, en el ámbito del tratado de protección de inversiones con Canadá, considerando que la empresa, tanto por el lado chileno como argentino es subsidiaria de Barrick. Pero en este caso creemos ello no es posible o viable, por cuanto una norma que creemos pertinente y que citamos en la primera parte de este trabajo[29], establece que ninguna de las dos Partes so pretexto de relajar las normas ambientales, o por facilitar la inversión, podría eventualmente facilitar de alguna manera, trasgresiones a la normativa ambiental, por tanto, eso es una especie de mecanismo de bloqueo para impedir una litigación en este sentido, aunque no se descarta en términos absolutos, pues ciertamente podría ser una estrategia para destrabar los procesos judiciales y administrativos que le afectan y las considerables pérdidas que ello implica.

Para concluir, debemos señalar que el caso Aguinda (Ecuador), que es uno de los más importantes para nuestro análisis prospectivo. Se trata de un fallo sobre indemnización de perjuicios, en un procedimiento judicial ordinario y en el cual se sanciona, en definitiva, a una transnacional por el daño ambiental causado ex post, es decir, al término de un proyecto, por no respetar, en definitiva, las medidas de mitigación o de respeto y protección al medio ambiente. En Chile, el caso Pascua Lama que venimos analizando se trata de una acción constitucional, interpuesta al inicio del proyecto. El escenario, ciertamente es complejo. El proyecto Barrick pareciera que va a continuar, pero hay incertidumbre. El tema principal para nosotros es el daño ambiental o más bien la magnitud del daño. En nuestra perspectiva, a mayor daño, o dicho de otra forma, en la medida que éste se hace más inmanejable, el conflicto tiende a internacionalizarse, pues involucra en mayor medida a las comunidades locales. Nos atrevemos a decir que Pascua Lama aun está en una etapa intermedia y que puede evolucionar en cualquier sentido dependiendo de la gestión que se haga.

Por último, en estas simples líneas, hacemos presente, que nuestra preocupación es, en el fondo, cuáles son las posibles soluciones frente a este caso, porque el problema base es la insatisfacción de las comunidades frente a un tema ambiental, que al final puede terminar siendo resuelto por tribunales internacionales (como ocurrió en Kichwa Sarayaku, Corte Interamericana), a pesar de ser un problema local. Entonces, en base a esta situación, nosotros tratamos de visualizar alguna solución prospectiva y nos encontramos con una figura que se da en Argentina que nos llamó poderosamente la atención, que tiene que ver con la gestión del riesgo y la mitigación del daño ambiental. A propósito de este tema, existe en el país trasandino un mecanismo que son los seguros de daño ambiental, con incidencia colectiva, es decir, son seguros que se hacen para la remediación. Esto se debe diferenciar de lo que es un seguro de responsabilidad por daño ambiental tradicional, pues contempla la posibilidad de constitución de una especie de fondo fiduciario para la reparación del daño. Estas son medidas interesantes, que de alguna manera permitirían gestionar la incertidumbre de los inversionistas para desarrollar un proyecto de gran envergadura y, también, pudieran eventualmente, satisfacer a las comunidades en la remediación de sus intereses.

Un fallo argentino interesante sobre la materia es "Fundación Medio Ambiente versus Secretaria Medio Ambiente", de la Corte Contenciosa en lo Administrativo, de Buenos Aires, donde específicamente se pronuncia sobre este tema y que, en el fondo, establece que el Estado tiene el deber de

29 Tratado de Libre Comercio con Canadá. Tercera Parte. Capítulo G. Art. G-14.

cautelar el Medio Ambiente, y específicamente, velar porque se tomen estos seguros, y que éstos tengan una efectiva cobertura del daño y puedan dar un resarcimiento, remediación y una cobertura completa de los daños ambientales causados.

Resumiendo en dos líneas, estimamos que, el fallo chileno de la Corte de Apelaciones de Copiapó, que ha servido de guía para este análisis, si bien ciertamente es local, en nuestro concepto puede internacionalizarse al no haber una eficiente gestión del conflicto sobre dos materias: la insatisfacción de las comunidades y el daño ambiental de gran envergadura.

Conclusiones

La complejidad de las relaciones globalizadas, que mezclan aspectos internacionales y locales, están llevando a situaciones de alta conflictividad, que se pueden plantear en distintas sedes. El Estado de Chile debería visualizar de mejor forma este escenario, pues en virtud de reclamaciones de las comunidades locales y por la vía de la afectación del medio ambiente, se están paralizando proyectos de gran envergadura, que pueden llevar a internacionalizar el conflicto, sea por la vía de la protección de las inversiones o de los tribunales de Derechos Humanos. El deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza debería, a estas alturas, reflejarse en medidas concretas y eficientes, pues así lo están exigiendo las comunidades locales, lo que no debiera significar trabas al desarrollo, que también es una demanda social muy sentida en nuestros países.

Fuentes

Instrumentos jurídicos internacionales citados

Decreto Supremo 401 M. RR.EE. de 14/05/1985.
Decreto Supremo 1465 M. RR.EE. de 04/04/1992.
Decreto Supremo 322 M. RR.EE. de 04/06/1997.
Decreto Supremo 760 M. RR.EE. de 20/08/1998.
Decreto Supremo 2275 M. RR.EE. de 07/02/2001.
Decreto Supremo 179 M. RR.EE. de 11/12/2004.
Decreto Supremo 67 M. RR.EE. de 14/04/1993.
Decreto Supremo 1822 M. RR.EE. de 27/02/1995.
Decreto Supremo 236 M. RR.EE. de 14/10/2008.

Linkgrafía citada

http://pascua-lama.com/conocenos/proyecto-pascua-lama/ [fecha de la consulta 2 de septiembre de 2013]
http://www.elciudadano.cl/2013/06/12/70931/los-dias-negros-de-barrick-gold/
http://wwwunmundoperfecto.blogspot.com/2012/02/ecuador-aguinda-vs-chevron-otro-triunfo.html
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_245_esp.pdf
http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/eeuu-resolucion-corte-suprema-shell-Niger-limita-acceso-justicia-2013-04-17
http://www.sma.gob.cl/index.php/noticias/comunicados/241-sma-sanciona-a-pascua-lama-por-incumplimientos-a-su-rca
http://www.latercera.com/noticia/negocios/2013/10/655-549612-9-barrick-decide-suspender-construccion-de-proyecto-minero-pascua-lama.shtml

AUTOR
Nadia Tapia Navarro
Ayudante Senior Clínica de Acciones de Interés Público,
Universidad Diego Portales.
tapia.nadia@gmail.com

Decisión de reparaciones del Caso Lubanga de la CPI: la desafiante implementación de un sistema de reparaciones en el Derecho Penal Internacional

1 Introducción

La Corte Penal Internacional (CPI) es el primer tribunal permanente con competencia para juzgar a los mayores responsables de los crímenes internacionales, cuyo contenido fue desarrollado durante el siglo XX y consolidado en el texto del Estatuto de Roma. Además de su carácter general y permanente, una de las grandes novedades de la CPI es que su Estatuto, junto con permitir la participación de las víctimas de los crímenes juzgados en ella, incluye también la posibilidad de decidir sobre las reparaciones a su favor.

El hecho de que la CPI haya sido dotada de la capacidad de decidir sobre las reparaciones a las víctimas de los crímenes de su competencia presenta una serie de desafíos, pues este tribunal sólo tiene capacidad de decidir sobre la responsabilidad penal de individuos y no se ocupa de la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. De este modo, la CPI no tiene posibilidad de obligar al Estado involucrado a responder a las víctimas de las violaciones, sino que solamente puede ordenar reparaciones en contra del condenado por los crímenes materia de su competencia.

Así, el primer caso de la CPI que ha llegado a la etapa de reparaciones es el de la *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo*, en el marco de la situación de la República Democrática del Congo. En este caso, el 7 de agosto de 2012 la Sala de Primera Instancia I dictó una resolución en la que se establecen los principios a seguirse en materia de reparaciones. Se trata de un caso donde se ha condenado al acusado Thomas Lubanga por el crimen de guerra consistente en reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades.

De este modo, el objetivo de este artículo será analizar la sentencia de reparaciones del caso Lubanga para dar cuenta de las dificultades que encuentra la reparación a las víctimas de crímenes internacionales en los procesos penales internacionales en que se conoce sobre la responsabilidad individual por aquellos.

Para ello, se realizará primero una revisión his-

tórica del desarrollo de las reparaciones en el Derecho Penal Internacional (DPI), para luego abordar un análisis de los principios contenidos en la sentencia. Luego, se identificarán aquellos aspectos en que la sentencia sobrepasa el mero establecimiento de principios. Finalmente, se concluirá destacando cómo el establecimiento de éstos principios refleja los principales desafíos de la inclusión de reparaciones a las víctimas en el DPI.

2 Reparaciones a las víctimas en el Derecho Penal Internacional

2.1 Antecedentes previos al Estatuto de Roma

El primer proyecto de un tribunal penal internacional permanente contenía ya en el año 1872 un artículo que se ocupaba de la compensación a las víctimas. Empero, el modo de hacerlas valer coincidía con la exclusión de los individuos en el derecho internacional, pues para ser obtenidas debían ser solicitadas primero por el Estado en cuestión, siendo el gobierno del Estado ofensor el responsable de implementar las compensaciones. Este proyecto fue presentado por su autor –Gustave Moynier– al Comité Internacional de la Cruz Roja pero la propuesta no fue exitosa[1].

En los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y del Lejano Oriente, las reparaciones a las víctimas también fueron excluidas. Esto, porque el desarrollo inicial del DPI se dio en el contexto del derecho internacional clásico, en que las víctimas tenían una posición limitada[2]. Sólo posteriormente, con el nacimiento de las primeras convenciones de derechos humanos, el individuo pasó a tener un rol central desde el Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH). De este modo, el concepto de la responsabilidad individual en el DPI no se desarrolló como parte de la noción abstracta de justicia para las víctimas sino como una forma de atenuar las limitaciones de un sistema basado tradicionalmente en la responsabilidad de los Estados[3].

1 Keith Hall (1998).
2 McCarthy (2012) p. 3.
3 *Ibid.* p. 4.

Los estatutos de los tribunales internacionales *ad hoc* de la década de los noventa, esto es, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), contienen disposiciones relacionadas con la restitución a las víctimas en términos muy limitados. En efecto el artículo 24.3 del Estatuto del TPIY y el artículo 23.3 del TPIR señalan que una vez que se declara al acusado culpable, el tribunal puede ordenar que se restituya a su legítimo dueño, los bienes que hayan sido obtenidos a raíz de la conducta criminal. No obstante, en cuanto a las otras formas de reparación, las reglas de ambos tribunales contemplan la posibilidad de que la Secretaría informe a la jurisdicción nacional acerca de aquellos crímenes en que haya condena y donde se haya causado daños a víctimas, con el objeto de que las víctimas se dirijan a ésta jurisdicción, para lo cual la sentencia del tribunal internacional resulta final y vinculante[4]. Se ha señalado, sin embargo, que ésta regla no ha sido utilizada nunca[5].

Luego de la firma del Estatuto de Roma, en ambos tribunales hubo iniciativas por revisar el tema de la reparación a las víctimas[6]. En el TPIR, pese a considerarse conveniente incluir participación y compensación a las víctimas, las propuestas no se adoptaron al estimarse que para ello era necesario reformar el Estatuto del Tribunal. En el TPIY en cambio, se realizó un reporte en que se señala que el problema no es si realmente existe un derecho a la compensación sino que cómo implementar este derecho. Finalmente, a la luz de las dificultades que habría implicado incluir el derecho a la reparación, se decidió recomendar la aplicación de otros métodos para la reparación de las víctimas, como la Comisión de Indemnización de Naciones Unidas[7].

4 Ver Regla 106 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y Regla 106 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
5 Bottigliero (2004) p. 200; McLaughlin (2007) p. 212.
6 CSNU (2000) p. 3.
7 CSNU (2000) 46 y siguientes. La Comisión de Indemnización de Naciones Unidas fue creada por la resolución 687 del Consejo de Seguridad, §18.

2.2 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

2.2.1 Artículo 75[8]

El artículo 75 se encuentra ubicado en la Parte VI del Estatuto, que trata sobre "El Juicio" y no dentro de la Parte VII que habla sobre las penas. Lo anterior sugiere el carácter no punitivo que tienen las reparaciones en el contexto del Estatuto, lo que además está respaldado por la historia de las negociaciones del Estatuto de Roma. Aunque debe mencionarse que no existen disposiciones que indiquen expresamente el propósito de las reparaciones en el Estatuto, se ha señalado que el objetivo de castigar, prevenir y reivindicar el Estado de Derecho en el DPI en general, parece ser alcanzado por la función nuclear de éste, es decir, perseguir la responsabilidad criminal de los perpetradores, mientras que las reparaciones debieran orientarse hacia las víctimas, lo cual sugeriría su carácter compensatorio o restaurativo y no punitivo[9].

El primer apartado del artículo señala que la Corte debe establecer los principios aplicables a la reparación. Dada la gran cantidad de elementos que quedaron sin definir en el Estatuto y que la Corte debe decidir, como los estándares a aplicar en relación con la causalidad, la prueba del daño, entre otros, la determinación de los principios a aplicar resulta fundamental. Lo anterior representa un importante desafío para la CPI, pues una de las características más importantes y novedosas de ella es precisamente su régimen de reparaciones. Esto fue puesto en relieve en el año 2006, cuando la Sala de Cuestiones Preliminares señaló: "el esquema de reparaciones provisto por el Estatuto no solamente tiene elementos únicos. Es también un elemento clave. En la opinión de la Sala, el éxito de la Corte está ligado, hasta cierto punto, con el éxito de su sistema de reparaciones"[10].

El apartado segundo del artículo 75 se refiere a las órdenes de reparación específicas que dicta la Corte en contra de un condenado. A diferencia de la decisión sobre principios del inciso primero, la CPI no se encuentra obligada a dictar una decisión en contra del condenado, sino solamente cuando exista la solicitud de parte de las víctimas o de mutuo propio bajo circunstancias excepcionales[11].

Por otro lado, el apartado 3 del artículo 75, se refiere a la posibilidad que tiene la Corte de recabar las observaciones de todas las partes, incluyendo víctimas y otras personas con interés. Dado el carácter novel de las reparaciones en el contexto de la CPI, esta facultad resulta altamente necesaria.

Los apartados 4 y 5 se relacionan con formas de cooperación que los Estados partes en el Estatuto de Roma deben cumplir para asegurar el éxito del funcionamiento de la Corte. El primero se relaciona con la posibilidad de la Corte de dictar distintos tipos de órdenes para asegurar los bienes del acusado que puedan beneficiar a las víctimas

8 Artículo 75: Reparación a las víctimas
1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.
2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.
3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.
4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93.
5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.
6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

9 Dwertmann (2010) p. 37 y siguientes.

10 La *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (10 de Febrero 2006) §136.

11 Henzelin et al. (2006) p. 333.

en la ejecución de sus órdenes de reparación. El apartado 5, en tanto, refuerza lo anterior, pues indica la obligación de los Estados de dar efecto a las órdenes de la CPI siguiendo el criterio del artículo 109 que trata de la ejecución de las multas u órdenes de decomiso dictadas por la Corte.

Finalmente, el apartado 6 se refiere a la relación de las disposiciones de éste artículo con otras disposiciones a nivel internacional sobre reparaciones a las víctimas, señalando que aquellas no pueden interpretarse en perjuicio de éstas.

2.2.2 Artículo 79[12]

Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas (FFBV)

El rol del FFBV es central en el régimen de reparaciones establecido por el Estatuto de Roma. Al respecto, se ha señalado que la existencia de éste afirma la importancia y centralidad de las solicitudes de reparación de las víctimas dentro de los esfuerzos de la justicia internacional[13]. De hecho, este mecanismo es totalmente nuevo en la justicia penal internacional. Como se vio anteriormente, si bien en el TPIY y el TPIR se analizó la posibilidad de incluir más participación y reparaciones para las víctimas, se concluyó que éstos carecían de la estructura legal para ello. Frente a esto, el FFBV aparece entonces como un complemento necesario. Sin embargo, su inclusión conlleva importantes desafíos, pues los fondos fiduciarios en general tienen una lógica diversa de aquella que inspira a un tribunal. Así, se ha señalado que hay diferencias fundamentales en cuanto a los enfoques que una corte y un fondo fiduciario tienen en relación con las reparaciones, pues mientras las primeras interpretan la justicia reparativa en función del principio de *restitutio in integrum*, el segundo típicamente está orientado a dar reparaciones a un gran número de víctimas cuyos casos usualmente no llegan a una corte. Otra cuestión conceptual se relaciona con el hecho de que el concepto de reparación está íntimamente relacionado con el de responsabilidad, y esto lo diferencia de los programas de asistencia a las víctimas. Esto trae como consecuencia que los programas de beneficios realizados por el FFBV en forma autónoma, no debieran ser considerados como reparaciones, pues no estarían estrictamente ligados a la responsabilidad de un individuo, ni a los crímenes por los que se le condena[14]. Esta diferencia, se refleja en el doble mandato del FFBV el que recepciona esta nomenclatura distinta.

El Reglamento del FFBV establece un doble propósito para éste:

- Bajo su "mandato de reparación" el FFBV está encargado de implementar las órdenes de reparación de la Corte, ya sea individuales o colectivas, de acuerdo a la Regla 98 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP).

- Bajo su "mandato de asistencia" el Reglamento del FFBV especifica que éste puede realizar actividades para proveer rehabilitación física, sicológica y/o apoyo material a las víctimas, para ello el FFBV debe notificar formalmente a la Corte[15]. En la práctica el FFBV ha establecido actividades en los lugares en los que existen situaciones en las que la Corte está investigando la comisión de crímenes bajo su jurisdicción aunque todavía no se haya iniciado un procedimiento contra personas específicas. Así, el FFVB tiene 31 proyectos activos en Uganda y en la República Democrática del Congo, los cuales son ejecutados por ONGs en terreno. Según el FFVB más de 40.000 personas se benefician de estos programas, los que están agrupados en cuatro grandes temáticas, a saber, (i) asistencia en la reconstrucción de las comunidades; (ii) asistencia a víctimas de tortura o mutilación; (iii) asistencia a niños y jóvenes;

12 Artículo 79: Fondo fiduciario

1. Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.

2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario.

3. El Fondo Fiduciario será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes.

13 De Greiff y Wierda (2005) p. 225.

14 *Ibid.* pp. 226-228.

15 Trust Fund for Victims, *Legal Basis* http://www.trustfundforvictims.org/legal-basis acceso el 23 de Enero de 2013.

(iv) asistencia a víctimas de violencia sexual[16].

Uno de los aspectos que vuelve al FFBV un organismo fundamental, es que, de acuerdo a lo señalado en la Regla 98 de las RPP, sólo las reparaciones individuales ser harán directamente en contra del condenado, mientras que las reparaciones colectivas se realizarán a través del FFBV[17]. Dada la característica de masividad de los delitos que están dentro de la jurisdicción de la CPI, aparece como poco probable que se realicen reparaciones individuales, con lo cual puede esperarse que, en la práctica, el FFBV esté involucrado en todas, o al menos en la mayoría de las órdenes de reparación de la CPI[18].

3 La "Decisión que establece principios y procedimientos a ser aplicados en las reparaciones" ("Decisión sobre Reparaciones")

3.1 Contexto fáctico

El caso de la *Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* ("Caso Lubanga") se enmarca dentro de la primera investigación abierta formalmente por la Fiscalía de la CPI en junio del 2004[19] respecto de la situación referida por el Presidente de la República Democrática del Congo (RDC) por los crímenes cometidos en el territorio de dicho país desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma en 1 de julio de 2002[20]. En febrero de 2006, la Corte emitió la orden de captura[21], convirtiéndose en la segunda orden emitida en la CPI, y la primera en la situación de la RDC.

El contexto del caso involucra el conflicto de larga data existente entre dos grupos étnicos de la región: Hema y Lendu. En 1998 y 1999 un grupo Hema intentó sacar a los Lendu de su territorio, enfrentamiento que derivó en confrontaciones armadas. Las hostilidades, a partir de ahí, se ampliaron gradualmente en todo Ituri hasta convertirse en una confrontación étnica extendida, donde tanto los Lendu como los Hema reaccionaron creando fuerzas de autodefensa[22].

Durante el conflicto se cometieron un sinnúmero de atrocidades contra civiles, como matanzas y niveles de violencia sexual que han sido calificados como horrorosos. Tanto es así que, por la intensidad de los enfrentamientos, éste llegó a conocerse como la "Primera Guerra Mundial de África"[23]. Hacia 2004, se estima que 4 millones de personas habrían muerto a raíz del conflicto, ya sea por hambre, enfermedades, o directamente como consecuencia de la violencia[24]. Entre los crímenes cometidos, se encuentra el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años y su uso para participar activamente en las hostilidades, conducta que se observa en varios países de África, siendo la RDC uno de los paí-

16 Trust Fund for Victims, *Projects* http://www.trustfundforvictims.org/projects acceso el 25 de Enero de 2013.

17 Este aspecto ha sido resaltado a fines del año 2012 en la Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma (AEP) Ver: AEP (2012a) §77.

18 Este último punto fue destacado durante la AEP de noviembre del 2012, donde se enfatizó que por el carácter masivo de los crímenes que son competencia de la CPI, y con el objetivo de asegurar la sustentabilidad del sistema de reparaciones, sería adecuado implementar un enfoque predominantemente colectivo en las reparaciones, sin que esto implique directamente descartar el enfoque individual. Por otro lado, las fuentes de financiamiento del FFBV son establecidas en el artículo 79, en las RPP y en el Reglamento del FFBV y son, (i) las contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, corporaciones y otras entidades; (ii) dinero y otros bienes de multas o decomisos transferidos al FFBV (de acuerdo a lo establecido en el Art. 79.2 del Estatuto); (iii) recursos obtenidos a través de las órdenes de reparación dictadas en contra del condenado; y (iv) otros recursos que decida la AEP. Ver: Reglamento del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas, §21.

19 Corte Penal Internacional – Office of the Prosecutor (2004a).

20 Corte Penal Internacional – Office of the Prosecutor (2004b).

21 La primera orden de captura emitida fue en contra de Joseph Kony, en la situación de Uganda. Ver: CPI, "Situations and cases" <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx> último acceso el 13 de noviembre de 2013.

22 *La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (14 de Marzo 2012) §75.

23 Cf. Open Society Foundations (2013).

24 *Ibid.*

ses donde se ha realizado más extendidamente[25].

Precisamente, uno de los grupos políticos que se formaron en este contexto fue la Unión de Patriotas Congoleses (UPC), la que además tenía un brazo armado llamado Fuerzas Patrióticas por la Liberación del Congo (FPLC), organizaciones conformadas por miembros de la etnia Hema.

En estas circunstancias, Thomas Lubanga Dyilo fue el presidente del UPC y posteriormente sirvió como comandante en jefe del ala militar de este movimiento, el FPLC[26]. La Sala de Primera Instancia I concluyó que él y sus co-perpetradores acordaron y participaron en un plan común para levantar un ejército con el propósito de establecer y mantener el control político y militar sobre Ituri, y que esto tuvo como resultado, de acuerdo al curso normal de los hechos, el reclutamiento y alistamiento de niños y niñas menores de 15 años, y su uso para participar activamente de las hostilidades[27].

La Corte pudo concluir que el brazo armado del grupo UPC/FPLC habría llevado a cabo el reclutamiento generalizado de jóvenes, incluyendo niños menores de 15 años, ya sea de manera forzada o "voluntaria"[28]. Adicionalmente, la Sala concluyó que la evidencia presentada en el juicio demostraba que los menores fueron sometidos a un duro régimen de entrenamiento y que eran objeto de castigos severos, que las menores eran utilizadas para trabajos domésticos y eran víctimas de violencia sexual y violaciones[29], concluyéndose también que los niños y niñas eran utilizados activamente en distintos enfrentamientos armados[30]. En julio de 2012, Thomas Lubanga Dyilo fue sentenciado a 14 años de privación de libertad[31].

Conforme a lo establecido en el artículo 68.3 del Estatuto de Roma, durante el proceso, la Corte autorizó a 129 víctimas a participar[32], estableciéndose un conjunto de directrices que guiaban su participación, a través de una decisión de la Sala de Primera Instancia I, y confirmada parcialmente por la Sala de Apelaciones[33]. La participación de las víctimas se concretó en la posibilidad de presentar elementos probatorios, interrogar a los testigos, y dar a conocer a la Sala sus observaciones y preocupaciones, a través de sus representantes legales[34]. Adicionalmente, tres víctimas fueron autorizadas por la Sala para presentar directamente sus observaciones y preocupaciones, declarando en el juicio como testigos[35].

La Decisión sobre Reparaciones fue publicada el 7 de agosto de 2012, fecha para la cual se habían recibido un total de 85 solicitudes de reparación[36], a través de la presentación de formularios dispuestos al efecto por la CPI.

3.2 Decisión sobre Reparaciones

3.2.1 Naturaleza de la decisión

En principio no había claridad en cuanto a si la Corte debe establecer los principios aplicables caso a caso o si deben establecerse a modo general. En la práctica, lo que sucedió en el caso Lubanga es precisamente lo primero: la CPI tomó una decisión en la que se establecen los principios aplicables a la reparación en el caso en particular. Sin embargo, parece existir cada vez más claridad en cuanto a que efectivamente la Corte debe establecer los principios en forma general.

Esta decisión, estableciendo los principios en forma general, no se ha tomado hasta la fecha, y la

25 Coomaraswamy (2010) p. 22.
26 Cf. Open Society Foundations (2013).
27 *La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (14 de Marzo 2012) §1353.
28 *Ibid.* §911. Cabe aclarar que en este crimen, según las conclusiones de la Sala, la voluntariedad del menor es irrelevante para la configuración del mismo.
29 *La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (14 de Marzo 2012) §913. La Sala concluyó sin embargo, que la violencia sexual no formaba parte de los cargos en contra del acusado.
30 *Ibid*. §915.
31 *La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (10 de julio 2012) §98-99.
32 *La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (14 de Marzo 2012) §15.
33 Un resumen de las principales directrices puede encontrarse en: *La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (14 de Marzo 2012) §14.
34 *Ibid*. §13 y siguientes.
35 *Ibid*. §21.
36 Fondo Fiduciario En Beneficio De Las Víctimas (2012).

decisión del caso Lubanga llegó subsanando esta falta de lineamientos generales. De este modo, la decisión pretende solamente establecer directrices, principios y lineamientos en relación con el procedimiento, y no tomar decisiones concretas. Para ello, la Corte realiza una extensa revisión de las presentaciones de las partes y participantes en el proceso, así como de las ONG que presentaron sus observaciones al tribunal[37]. Además de ello, la Corte expresamente señala que se apoya en instrumentos internacionales de derechos humanos y de *soft law* sobre la materia, entre ellos, los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, los Principios de París y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder[38]. Adicionalmente, la decisión de la CPI se apoya en la extensa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros.

En los próximos párrafos se revisarán algunos de los principios aplicados por la decisión.

3.2.2 Causalidad y daño a reparar

Los daños a reparar deben haber sido el resultado del crimen por el cual se condenó al señor Lubanga. Además de este lineamiento, la Corte señala que ni el Estatuto ni las RPP definen con precisión los requisitos del nexo causal entre el crimen relevante y el daño en relación con las reparaciones, y que en el contexto internacional no existe un estándar pacífico al respecto[39]. No obstante, al momento de decidir el estándar a aplicar, la decisión toma en consideración dos elementos que se encuentran en tensión: el hecho de que las reparaciones en el contexto de la CPI se ordenan solamente en contra del condenado, por un lado, y los intereses de las víctimas, por otro[40]. Como consecuencia, la Corte opta por no aplicar un estándar causal estricto y limitado, sino que aplica el criterio de la "causa próxima", el que implica que los crímenes por los cuales el Sr. Lubanga fue condenado sean la causa próxima del daño por el cual se solicitan las reparaciones, de este modo se desecha el criterio de la "causa directa"[41].

Un aspecto que es sumamente interesante de la decisión, es la gran influencia que en ella tienen los instrumentos provenientes del DIDH y los tribunales internacionales de derechos humanos, la que queda en evidencia en relación con el daño a reparar. Así, la decisión se refiere, entre otras cosas, al daño al proyecto de vida, concepto de carácter complejo que se encuentra todavía en desarrollo, siendo uno de los aspectos más controversiales en la actualidad de las medidas de reparación que proceden una vez que se ha verificado el daño[42]. Este concepto fue introducido en el ámbito internacional por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, junto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son las grandes influencias jurisprudenciales de esta decisión.

3.2.3 Beneficiarios

La Corte establece que las reparaciones pueden otorgarse tanto a víctimas directas como indirectas, independiente de su participación en el procedimiento del juicio. Para determinar si una víctima indirecta debiera o no recibir reparaciones, debe examinarse si tiene una relación personal cercana con la víctima directa, reconociendo también que el concepto de "familia" puede tener diversas interpretaciones culturales[43]. Además, las reparaciones pueden también otorgarse a entidades legales, según lo indicado en las RPP[44].

37 *La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (7 de agosto 2012) §20.
38 *Ibid.* §185.
39 *Ibid.* §247-248.
40 *Ibid.* §250.
41 *Ibid.* §249-250.
42 *Ibid.* §197, Regla 85.2.
43 *La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (7 de agosto 2012) §194-195.
44 *Ibid* §197, Regla 85.2.

3.2.4 No discriminación

Se establece en forma expresa el principio de "dignidad, no discriminación y no estigmatización", según el cual las víctimas deben ser tratadas en forma equivalente y justa sin importar si participaron o no en el procedimiento[45]. La Sala toma en este sentido una decisión importante de no limitar la participación de las víctimas en el procedimiento de reparaciones sólo a aquellas que participaron en el juicio y solicitaron reparaciones. Por otro lado, este principio también implica la no discriminación adversa en razón de género, edad, raza, color, lenguaje u otros[46]. En este sentido, la Sala señala la necesidad de reconocer la prioridad de ciertas víctimas en situaciones especiales de vulnerabilidad, como las víctimas de violencia sexual, o aquellos que requieran tratamientos médicos inmediatos, entre otros[47].

3.2.5 Participación de las víctimas

La decisión de la CPI establece que las víctimas de los crímenes, así como sus familias y comunidades debieran poder participar en el proceso de reparaciones y, para que su participación sea sustantiva y efectiva, deben recibir el apoyo necesario. De este modo, se establece la necesidad de realizar actividades de concientización que sean amplias, y orientadas a la comunidad, así como establecer procesos de consulta con las víctimas en relación a ciertos temas vinculados a las reparaciones[48]. Estas consultas no se han materializado aún, sin embargo, el plan a implementar por el FFBV contiene este paso dentro del procedimiento a seguir para determinar las reparaciones que se implementarán.

Por otro lado, se recuerda en la decisión, que la participación de las víctimas debe ser totalmente voluntaria y su consentimiento debe ser informado[49].

45 *Ibid* §187.
46 *Ibid* §191.
47 *Ibid* §200.
48 *Ibid* §203-206.
49 *Ibid* §204.

3.2.6 Niños soldados

La decisión sobre reparaciones comprende la necesidad de que la Corte se guíe por el principio del interés superior del niño, que inspira la Convención de los Derechos del Niño[50]. Así, se establece que las medidas debieran apuntar a desarrollar ciertos valores como el respeto por los padres, la identidad cultural y el lenguaje, de modo de ayudarles a vivir responsablemente en una sociedad libre, recogiendo en este sentido lo establecido por los Principios de París[51]. Además se indica la necesidad de tomar en consideración el daño relacionado con la edad de las víctimas, teniendo en cuenta la importancia de lograr la rehabilitación de los menores y su reintegración en la sociedad[52].

3.2.7 Estándar probatorio

En relación con el estándar probatorio a aplicar, la decisión resalta que éste debe ser menor al estándar aplicado al momento de evaluar la imputación penal, concluyendo que éste debe ser el "balance de probabilidades" y que incluso, cuando se utilicen fondos del FFBV se puede utilizar el más flexible, tomando en consideración las características de masividad y sistematicidad de los crímenes[53].

Existen dificultades probatorias en este tipo de situación, por ejemplo, en el caso Lubanga, uno de los elementos del crimen es la edad de los niños, quienes deben haber sido menores de 15 años al momento de ser reclutados o alistados, existiendo dificultades para probar la edad exacta de los mismos pues se trata de un país donde no hay un sistema de registro efectivo de los nacimientos que permita determinar la edad de los menores. Por esto es que, la experta Radhika Coomaraswamy explicó a la Sala de Primera Instancia I que las agencias humanitarias encargadas de este tipo de problemática utilizan un sistema de triangulación, según el cual se concluye la edad del menor obteniendo información de al menos tres fuentes diversas, por ejemplo, en la familia del menor,

50 *Ibid* §211.
51 *Ibid* §213
52 *Ibid* §216 y 233.
53 *Ibid* §253-254.

vecinos, instituciones religiosas e incluso se consultan los archivos de la iglesia[54].

3.2.8 Enfoque de género

La decisión contiene bastantes disposiciones en relación con la necesidad de abordar las reparaciones desde una perspectiva de género, e incluso se ha destacado este aspecto de la decisión señalando que es bastante llamativa desde la mirada de aquellos que abogan por más atención a los temas de género en las decisiones de los tribunales internacionales, indicándose que está "repleta" de referencias en este sentido[55], lo anterior es sumamente positivo, especialmente en relación con este crimen, que ciertamente tiene impactos diferenciados en mujeres y hombres.

Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el Estatuto de Roma y las RPP, instrumentos que han incluido provisiones específicas para tomar en consideración este enfoque. Así, por ejemplo, puede mencionarse que en el nombramiento de los magistrados de la CPI debe tomarse en cuenta la necesidad de que haya juristas especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres[56]. Del mismo modo, la obligación del fiscal de nombrar asesores jurídicos en temas específicos, entre ellos la violencia sexual y de género[57], y de adoptar medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento, respetando los intereses de las víctimas y testigos, entre ellos, el género y la naturaleza de los crímenes, particularmente la violencia sexual y de género[58]. También, la obligación de la Corte de adoptar medidas de protección para víctimas y testigos, tomando en cuenta, entre otros factores, el género y la índole del crimen, particularmente cuando se trate de violencia sexual o de género[59]. Adicionalmente las RPP establecen la obligación del Secretario de adoptar medidas en relación con las víctimas y testigos que tomen en cuenta las cuestiones de género, de modo de facilitar la participación de víctimas de violencia sexual en todas las fases del procedimiento[60]. Por lo mismo, no es necesariamente sorprendente que se hayan incluido provisiones en la decisión tendientes a considerar cuestiones de género en el proceso de reparación. Para ello, la CPI además citó particularmente la Declaración de Beijing, los Principios de Nairobi y los Principios de París, instrumentos internacionales y de *soft law*, que se refieren a cuestiones de género y reclutamiento de niños y niñas.

Sobre este punto también puede verse la influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su fallo "Campo Algodonero" señaló que si bien el concepto de reparación integral implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, cuando los hechos se enmarcan en un contexto de una situación de violencia y discriminación estructural, las reparaciones deben tener una vocación transformadora y orientarse a identificar y eliminar los factores causales de discriminación, adoptando una perspectiva de género que tome en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres[61].

Finalmente, la Corte señala que las reparaciones debieran hacerse cargo de aquellas injusticias preexistentes, evitando replicar prácticas discriminatorias o estructuras anteriores a la comisión de los crímenes, apuntando hacia la reconciliación entre el condenado y las víctimas[62], enfoque que es particularmente relevante en relación con la violencia sexual o de género.

54 Cf. Coomaraswamy (2010) p. 22 y siguientes.
55 Sácouto (2012) p. 1.
56 Artículo 36.8 (b) Estatuto de Roma.
57 Artículo 42.9 Estatuto de Roma.
58 Artículo 54.1 (b) Estatuto de Roma.
59 Artículo 68.1 Estatuto de Roma y Regla 86 Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP).
60 Regla 16 (d) RPP.
61 *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México* (2009) §450-451.
62 *La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (7 de agosto 2012) §192-193, 227 y 245.

4 La decisión sobrepasa el mero ámbito del establecimiento de principios

4.1 Rol del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas

Pese a que no se decide sobre reparaciones concretas, la decisión se hace cargo de un obstáculo importante que se presenta en este caso en particular y que evidentemente tendrá efectos en las reparaciones, ya que el condenado ha sido declarado indigente y no se han encontrado bienes a su haber para ser utilizados en las reparaciones[63]. Por ello, la Corte se remite al FFBV interpretando lo indicado en el artículo 75.2 del Estatuto, que señala que "la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague *por conducto* del Fondo Fiduciario"[64], en el sentido de que la Corte se puede remitir a los recursos financieros y logísticos del FFBV en la implementación de las reparaciones[65]. Por lo anterior, la decisión remite todas las solicitudes de indemnización individual recibidas a dicho organismo, de modo tal que éste las tenga en consideración para la implementación de las reparaciones colectivas, luego de realizar un proceso implementación cuyo esquema a seguir es establecido en la misma decisión[66]. De este modo, el FFBV pasa a ser un actor central en la implementación, pero también en la financiación de las reparaciones.

En cuanto al procedimiento a seguir, de acuerdo a la sugerencia del FFBV en sus presentaciones previas a la decisión de reparaciones, la Sala ordena la implementación de un plan de reparaciones que consta de cinco etapas, a ejecutarse por éste en conjunto con la Secretaría de la Corte, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas y un grupo de expertos. Así, primero deben determinarse las localidades que estarán involucradas en el proceso de reparaciones, no debiendo limitarse a aquellas localidades mencionadas en el veredicto del caso. El segundo paso es el proceso de consulta con las localidades identificadas. Luego, debe realizarse una evaluación del daño, para lo cual debe consultarse con un equipo de expertos en el tema. El cuarto paso consiste en la realización de audiencias públicas en cada localidad, con el objetivo de exponer los procesos y principios de las reparaciones y manejar las expectativas de las víctimas. Por último, deben recibirse las propuestas de reparaciones colectivas desarrolladas en cada localidad, las que luego serán presentadas a la Sala para su aprobación. Es decir, la Sala ordena que sea el FFBV el que identifique a las víctimas y beneficiarios para los efectos de las reparaciones, y para ello, remite a este órgano las solicitudes individuales recibidas. En este proceso, la Corte retiene funciones de monitoreo y supervisión.

Aunque la Corte sostiene que no dará más órdenes o instrucciones al FFBV en relación con la implementación de las reparaciones que vayan a realizarse a través de dicho organismo y financiadas por contribuciones voluntarias, parece ser claro que los principios y directrices contenidos en la decisión tienen precisamente como destinatario al FFBV como organismo designado para dar aplicación al mandato de la Corte en relación con las reparaciones a las víctimas en este caso particular.

4.2 Enfoque colectivo

En cuanto a los principios a aplicar, se establece que las reparaciones individuales y colectivas no son excluyentes, aunque por la incertidumbre existente en cuanto al número de víctimas la Corte debiera asegurarse de que haya un enfoque colectivo que posibilite llegar a aquellas que no hayan sido identificadas.

El plan de reparaciones propuesto por el FFBV plantea un enfoque eminentemente colectivo, con lo cual, con esta decisión ha descartado indirectamente la utilización de reparaciones individuales, lo cual afecta directamente las 85 víctimas que ya solicitaron reparaciones.

Este enfoque ha sido criticado por miembros de ONGs locales y víctimas, quienes creen que un

63 *Ibid.* §269.

64 Énfasis añadido.

65 *La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo* (7 de agosto 2012) §270.

66 *Ibid.* §281 y ss.

enfoque colectivo no es capaz de dar cuenta de las necesidades y daños específicos que tienen las víctimas, a lo que se suma que, con esta decisión quedan en pie de igualdad aquellas víctimas que solicitaron reparaciones tempranamente y aquellas que no[67].

5 Conclusiones: Desafíos de las reparaciones en el DPI

Estas decisiones evidencian la tensión existente entre la CPI como un foro que decide sobre la responsabilidad individual en los crímenes de su competencia, y que su sistema de reparaciones recoja principios desarrollados en el DIDH en contextos donde se decide la responsabilidad internacional de los Estados, lo cual plantea grandes desafíos a la hora de su implementación. Así, una de las cuestiones importantes que se plantearon en la discusión del Estatuto de Roma, fue el rol del Estado en las reparaciones dictadas por la Corte[68], las que solamente pueden afectar a los bienes del condenado, y no importan una obligación ni reproche para el Estado.

Uno de los desafíos más importantes en las reparaciones de este tipo de delitos es que su masividad y gravedad normalmente hará insuficientes los bienes de la persona individual a la que se condena. Frente a esto, el Estatuto de Roma establece un mecanismo de morigeración: el FFBV, que se alimentan de diversas contribuciones. En razón de esta dificultad es que, en el seno de la CPI, se ha estado gestando una tendencia a preferir el enfoque colectivo para las reparaciones[69]. Esta tendencia es clara en la sentencia de reparaciones del caso Lubanga, donde se desecha la consideración de las reparaciones individuales de las víctimas, para decidir directamente aplicar un enfoque colectivo, a través del FFBV.

Sin embargo, no solamente se trata de limitaciones económicas sino que también existen restricciones sustantivas que afectan la competencia de la Corte y que se reflejan claramente en aquellas medidas de reparación que requieren de cambios institucionales. Éstas medidas son de gran importancia para evitar la recurrencia de estos ilícitos. Así, por ejemplo, un enfoque de género en este tipo de crímenes, necesariamente debería abordar las condiciones estructurales que permiten la ocurrencia de la violencia sexual y de género. Sin embargo, esto no es posible en la CPI, pues no tiene la capacidad de ordenar la realización de modificaciones estructurales en la institucionalidad y menos en las políticas de los Estados involucrados. De este modo, la capacidad de la Corte para dictar medidas de satisfacción y garantías de no repetición se encuentra con la gran limitación de la falta de participación del Estado involucrado en las medidas de reparación.

En todo caso, la tensión es ineludible si se considera el contexto típico en el que se desenvuelven los crímenes de competencia de la CPI, el que normalmente involucra un cierto compromiso del Estado de Derecho[70], y por lo tanto, puede incluir un cierto nivel de responsabilidad del Estado que la CPI no tiene competencia para conocer. Así, el establecimiento del FFBV y su rol fundamental en este caso, pero también en el sistema de reparaciones de la CPI en general, viene a morigerar esta tensión.

Bibliografía Citada

Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma (2012a): Report of the Court on the Revised strategy in relation to victims: Past, present and future (ICC-ASP/11/40).

Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma (2012b): Report of the Bureau on Victims and affected communities and the Trust Fund for Victims and Reparations (ICC-ASP/11/32).

Bottigliero, Ilaria (2004): Victims' Redress in International Criminal Law (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers).

Bueno, Olivia (2012): Local Communities Divided on the Question of Reparations in the Lubanga Case. Disponible en: <http://www.lubangatrial.org/2012/11/07/local-communities-divided-on-the-question-of-reparations-in-the-lubanga-case/>

67 Bueno (2012).

68 Van Boven (1999) 84-85.

69 Existen diversos documentos en el seno de la AEP, aunque no descartan la aplicación del enfoque individual, expresan una preferencia por el enfoque colectivo. Ver por ejemplo: Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma (2012b), §20, 25-27 y §5 de "*Recommendations*".

70 Sloane (2007) 40-41.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) (2000): Anexo a "Letter dated 2 November 2000 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council" S/2000/1063. Disponible en http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2000/1063

Coomaraswamy, Radhika (2010): Declaración en Caso Lubanga (Transcript de 7 de Enero 2010, ICC 01/04 01/06-T-223-ENG).

Corte Penal Internacional – Office Of The Prosecutor (2004a): The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court opens its first investigation (Press release, ICC-OTP-20040623-59) Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/Pages/the%20office%20of%20the%20prosecutor%20of%20the%20international%20criminal%20court%20opens%20its%20first%20investigation.aspx>.

Corte Penal Internacional – Office Of The Prosecutor (2004b): Prosecutor receives referral of the situation in the Democratic Republic of Congo (Press release, ICC-OTP-20040419-50) Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/Pages/prosecutor%20receives%20referral%20of%20the%20situation%20in%20the%20democratic%20republic%20of%20congo.aspx>

De Greiff, Pablo y Wierda, Marieke (2005): "The Trust Fund for Victims of the international Criminal Court: Between possibilities and constraints", en De Feyter, Koen et al. (edit.), Out of the Ashes: Reparation for Victims of Gross Human Rights Violations (Amberes-Oxford, Intersentia).

Dwertmann, Eva (2010): The Reparation System of the International Criminal Court: Its Implementation, Possibilities and Limitations (Martinus Nijhoff, 2010).

Fondo Fiduciario En Beneficio de las Víctimas (2012) Trust Fund for Victims welcomes first ICC reparations decision, ready to engage Disponible en: <http://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/media_library/TFV_Lubanga_reparations_press_statement.pdf>.

Galdámez Zelada, Liliana (2007): "Protección de la Víctima, Cuatro Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones" *Revista Chilena de Derecho* Vol. 34 N° 3: 439-455.

Henzelin, Mark et al (2006): "Reparations to Victims Before the International Criminal Court: Lessons from international mass claims processes", *Criminal Law Forum* Vol. 17: pp. 317- 344.

Keith Hall, Christopher (1998): "The First Proposal for a Permanent International Criminal Court", International Review of the Red Cross" Vol. 38 N° 322: 57-74. Disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jp4m.htm>

McCarthy, Conor (2012): "Victim Redress and International Criminal Justice: Competing Paradigms, or Compatible Forms of Justice?" *Journal of International Criminal Justice* Vol. 10 N° 2: 351- 372.

McLaughlin, Colin T. (2007): "Victim and Witness Measures of the International Criminal Court: A Comparative Analysis" *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* Vol. 6: pp. 189-220.

Open Society Foundations (2013): "Questions and Answers" (Lubanga Trial at the International Criminal Court) Disponible en: <http://www.lubangatrial.org/qa/#two>

Sácouto, Susana (2012): "A few more thoughts on the ICC Lubanga decision setting out reparations principles". Disponible en: <http://www.intlawgrrls.com/2012/08/a-few-more-thoughts-on-lubanga-decision.html>

Sloane, Robert D. (2007): "The Expressive Capacity of the International Punishment: The limits of the national law analogy and the potential of International Criminal Law" *Stanford Journal of International Law* Vol. 43: 39-94.

Van Boven, Theo (1999) "The Position of the Victim in the Statute of the International Criminal Court", en Von Hebel Herman et al. (edit.), *Reflections on the International Criminal Court: Essays in honour of Adriaan Bos* (TMC Asser Press).

Tratados y resoluciones citadas

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas (1985) A/RES/40/34.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado la Conferencia de Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, adoptado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por resolución 827 de 25 de mayo de 1993.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, adoptado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por resolución 955 de 08 de noviembre de 1994.

Principios y Directrices de París sobre los niños vinculados a fuerzas o grupos armados ("Principios de Paris"), adoptados en la conferencia internacional "Liberemos a los niños de la guerra" celebrada en París en febrero de 2007.

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, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas (2005) A/RES/60/147.

Reglamento del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas, adoptado por la Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma, por resolución ICC-ASP/4/Res.3 de 3 de diciembre de 2005.

Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la Ruanda, UN Doc. IT/32/Rev.37 adoptadas el 14 de marzo de 1994.

Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, U.N. Doc. ITR/3/REV.1 adoptadas el 29 de junio de 1995.

Resolución Irak-Kuwait adoptada por el CSNU por S/RES/687 de 3 de abril de 1991.

Jurisprudencia citada

Corte Penal Internacional

La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo, "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute" ("Decision on Sentence") (10 de Julio 2012) ICC 01/04 01/06-2901.

La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo, "Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58" (10 de Febrero 2006) ICC 01/04 01/06-8-Corr.

La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo, "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute" (14 de Marzo 2012) ICC 01/04 01/06-2842.

La Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations (7 de agosto 2012) ICC 01/04 01/06-2904.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México (2009) Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 205.

AUTOR

Paula Badilla Aceituno

Egresada de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Asesora de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia.

La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso Diallo y su importancia en el desarrollo jurisprudencial de la Corte en materia de derechos humanos

Ahmadou Sadio Diallo es un ciudadano guineano que en 1964 migró a la República Democrática del Congo (en ese tiempo denominada Zaire), lugar donde formó dos empresas del rubro de importación y exportación: Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. A fines de la década del 80' el Sr. Diallo, como gerente de ambas empresas, habría llevado adelante una serie de gestiones para intentar cobrar a diversos deudores, entre ellos el Estado, y compañías en las que el Estado participaba como dueño de un alto porcentaje del capital.

En enero de 1988, en el contexto de la investigación por una acusación de fraude en su contra, el Sr. Diallo es arrestado, siendo liberado casi un año después, luego de que la investigación se cerrara. El 31 de octubre de 1995, el Primer Ministro de Zaire emitió un decreto de expulsión en contra del Sr. Diallo, el que fue detenido y mantenido en prisión entre el 5 de noviembre y el 10 de enero de 1996, siendo liberado y luego detenido nuevamente entre el 25 y el 31 de enero del mismo año, fecha en la que finalmente fue expulsado del país.

En diciembre de 1998, la República de Guinea presentó su demanda ante la Corte Internacional de Justicia en contra de la República Democrática del Congo. El caso, desde la perspectiva del demandante, tiene dos grandes bloques de petición. El primero dice relación con los derechos del Sr. Diallo en cuanto individuo; lo que tiene a su vez dos perspectivas, una relativa a los derechos humanos del Sr. Diallo, que habrían sido vulnerados con su arresto, detención y expulsión de la República Democrática del Congo, y una segunda, respecto a sus derechos como socio de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. El segundo bloque de petición, dice relación las supuestas vulneraciones a los derechos de las empresas del Sr. Diallo.

La Corte Internacional de Justicia se pronunció en tres oportunidades en relación a este caso. En mayo de 2007, en su decisión sobre las objeciones preliminares interpuestas por la República Democrática del Congo[1]; en noviembre de 2010, en la

1 Caso sobre Ahmadou Sadio Diallo (Sentencia de Objeciones Preliminares) (*República de Guinea vs. República*

sentencia de fondo[2]; y en junio de 2012, en la decisión relativa a las compensaciones debidas por la República Democrática del Congo a Guinea, en representación del Sr. Diallo[3]. Los planteamientos y decisiones de la Corte en estos diversos fallos no ha sido pacíficos, y en la doctrina se ha generado un largo debate luego de que la Corte emita cada uno de éstos. El primero surgió luego que en el pronunciamiento sobre las objeciones preliminares, la Corte declarara inadmisible la petición de Guinea en relación a los derechos de las empresas del Sr. Diallo que podrían haber sido vulnerados por la República Democrática del Congo, puesto que las empresas tendrían nacionalidad del demandado y porque no sería aplicable la "protección por sustitución" como solicitaba Guinea. Un segundo debate surge tras el fallo sobre el fondo en el que, por 9 votos contra 5, la Corte decide que no ha existido una violación –por parte de la República Democrática del Congo– de los derechos del Sr. Diallo como socio de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire.

Las dos recién citadas decisiones de la Corte han generado una nutrida discusión[4], en particular en lo referente al rol de la protección diplomática frente a los derechos de personas jurídicas. Sin embargo, para efectos del presente análisis, nos centraremos en los aspectos de la sentencia que se refieren a vulneraciones de los derechos humanos del Sr. Diallo, así como al rol que asume la Corte frente a éstos, pues sin duda tanto la sentencia de fondo como la sentencia de reparaciones, presentan particularidades que posicionan esta jurisprudencia como un avance significativo en materia de protección de derechos humanos por parte de la Corte Internacional de Justicia[5]. Así, en relación a la sentencia de fondo, se presentará el análisis que la Corte realiza respecto de dos materias particulares, a saber, la carga de la prueba y la incorporación de peticiones adicionales a un caso, y luego el de las tres vulneraciones alegadas respecto de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la violación a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

En la sentencia de 30 de noviembre de 2010, la Corte Internacional de Justicia emite un fallo que aborda en dos grandes capítulos las peticiones del demandante. Por una parte, la Corte analiza la protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo y, por otra, se analiza la protección de sus derechos como socio de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire. En el capítulo relativo a los derechos del Sr. Diallo como individuo, cuyo análisis es eje de este trabajo, la Corte se hace cargo de las cuatro vulneraciones alegadas por Guinea: (a) la expulsión arbitraria; (b) La detención arbitraria del Sr. Diallo; (c) La vulneración al derecho de todo privado de libertad a ser tratado con humanidad; y (d) La vulneración del derecho del extranjero detenido de recibir asistencia consular.

No obstante, y antes de abordar el análisis de la Corte de los derechos vulnerados, es necesario comentar dos puntos previos de la sentencia. En primer lugar, y en una decisión dividida –de 8 votos contra 6–, la Corte decide declarar inadmisible la petición de Guinea en lo relativo al arresto y detención del Sr. Diallo ocurrida entre 1988 y 1989, primero, por haberse incorporado ésta de manera extemporánea al juicio –aduciendo que fue alegada por primera vez en 2008 la réplica presentada por Guinea, incluso después de que la Corte hubiese emitido su fallo respecto de las

Democrática del Congo), Reporte de la CIJ (II), 2007.

2 Caso sobre Ahmadou Sadio Diallo (Sentencia de fondo) (*República de Guinea vs. República Democrática del Congo*), Reporte de la CIJ (II), 2010.

3 Caso sobre Ahmadou Sadio Diallo (Sentencia de Reparaciones) (*República de Guinea vs. República Democrática del Congo*), Reporte de la CIJ (II), 2012.

4 Ver: Gaja, G. (2010). "The position of individuals in International Law: An ILC perspective". *The European Journal of International Law*, núm. 21, 11-14.; Alvarez-Jiménez, A. (2008). "Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case". *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,* Vol. 33, núm. 3, pp. 437-454.

5 En este sentido, ver: Ghandi, S. (2011). "Human Rights and the International Court of Justice. The Ahmadou Sadio Diallo Case". *Human Rights Law Review,* núm. 11, 527-555. Andenas, M. (2011). "International Court of Justice, Case concerning Ahmadou Sadio Diallo". *International and Comparative Law Quaterly,* núm. 60, pp. 810-819.

objeciones preliminares–, y segundo, por no cumplir los requisitos para ser una petición adicional, esto es, estar implícita en la presentación de la demanda, o surgir directamente de la cuestión principal[6]. Los jueces Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade y Yusuf, emitieron una declaración conjunta tras haber rechazado la decisión de la Corte, pues consideraron que existía un vínculo de continuidad entre la detención de 1988 y 1989 y la de 1995 y 1996, esta última siendo la que fue considerada finalmente para la causa. Así, los jueces señalan que ambos hechos suponen una detención arbitraria del Sr. Diallo, vinculado al despojo de sus activos por parte de la República Democrática del Congo[7], por lo que debería haberse declarado la admisibilidad de esta petición.

El segundo punto de análisis previo a las materias de fondo que aborda la Corte se refiere a la carga de la prueba, puesto que no existía acuerdo entre las partes en relación a las fechas en las que el Sr. Diallo se encontró detenido previo a su expulsión entre 1995 y 1996. En este punto, y asumiendo una perspectiva y lenguaje que es posible encontrar en mayor medida en la jurisprudencia de las cortes de derechos humanos, la Corte declara que si bien la regla general es que la parte que alega un hecho es la que debe probar su existencia[8], *"la determinación de la carga de la prueba en realidad depende de la materia y la naturaleza de cada disputa*" y a continuación agrega, "*En particular, cuando una persona no ha contado con ciertas garantías procedimentales, no puede establecerse como regla general que el demandante sea quien deba probar los hechos negativos que alega. Es la autoridad pública quien en general puede producir la evidencia documental de las acciones que se llevaron a cabo. Esto, sin embargo, tampoco implica que cada alegación en que el demandado no pueda presentar evidencias de su cumplimiento, la Corte entenderá que se ha incumplido, sino más bien esto se analizará según la naturaleza de la obligación en cuestión*"[9]. Mediante estas afirmaciones, en consecuencia, la Corte no sólo alerta de la diferencia que hará en el tratamiento de esta causa en materia de carga probatoria[10], sino reconoce también expresamente la particular naturaleza de ésta y su diferencia con la mayoría de los casos que la Corte suele fallar, pues es la vulneración de los derechos de un individuo –y no los de un Estado directamente– lo que está siendo juzgado.

En cuanto a los alegatos de fondo presentados por Guinea, la Corte se hace cargo primero de la vulneración que la República Democrática del Congo habría realizado de los derechos contenidos en el artículo 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12.4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En ambos artículos se establece que un extranjero que se encuentre legalmente en un país, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, permitiéndose al extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente.

La Corte, entonces, al analizar estas disposiciones declara, en primer lugar, que del texto claramente se identifica la obligación del Estado de que la decisión de expulsar a un extranjero sea tomada conforme a un procedimiento fijado en la ley. Sin embargo, y en una afirmación que va más allá del estándar conocido internacionalmente en la materia, la Corte suma otros dos requisitos al ya dicho: Primero, que la ley doméstica aplicable debe ser en sí misma compatible con los estándares fijados en el Pacto y la Carta Africana, y segundo, que una expulsión no debe ser arbitraria en su naturaleza, pues la protección en contra del tratamiento arbitrario se encuentra establecida en la naturaleza de las normas que protegen los derechos

6 *Diallo* (Sentencia de fondo), *op. cit.* note 2, §24 a 48.

7 Declaración conjunta jueces Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade y Yusuf, §11.

8 Ver, por ejemplo, Caso Nicaragua (Jurisdicción y admisibilidad), Reportes de la CIJ, 1984, pp. 32, 437; Caso de las Pesquerías (*España vs. Canadá*), Reportes de la CIJ, 1998, pp. 432, 450; Caso Avena (*México vs. Estados Unidos*), Reportes de la CIJ, 2004, pp. 12, 41; Caso de la Convención contra el Genocidio (*Bosnia vs. Serbia*) 2007, §204.

9 *Diallo* (Sentencia de fondo)*, op. cit*. note 2, §54 a 55.

10 Shaw, M. (2008). *International Law.* Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1091.

humanos[11]. A través de esta última afirmación, la Corte extiende el estándar más allá de los requisitos de forma establecidos para una decisión de este tipo, pues en materia de derechos humanos, los organismos especializados se han limitado a revisar la correspondencia entre la expulsión y la ley misma en cuanto a la forma y no la adecuación de la ley al tratado en el fondo[12].

De esta forma, la Corte decidió –unánimemente– que la República Democrática del Congo habría vulnerado los artículos 13 y 12.4 de los tratados mencionados en relación a la expulsión del Sr. Diallo, pues el decreto de expulsión no habría sido consultado con el Consejo Nacional de Inmigración y éste, en sí mismo, no contenía un razonamiento adecuado que indicara los motivos por los cuales era tomada la decisión[13]. Los fundamentos de esta decisión, sin embargo, no son compartidos por todos los jueces y así, mientras el Juez Cançado Trindade –en su opinión separada– reafirma que la hermenéutica llevada adelante por la Corte es la apropiada en materia de derechos humanos[14], los jueces Keith y Greenwood –en su declaración conjunta–, manifiestan que una correcta interpretación de los artículos en cuestión, tanto en el sentido literal y ordinario de los términos, como la llevada adelante por el Comité de Derechos Humanos en sus diversas decisiones, no permite concluir que exista una prohibición de arbitrariedad subyacente en la norma y que, por tanto, sería el cumplimiento de las salvaguardias procedimentales establecidas las que deberían ser juzgadas a la hora de evaluar el cumplimiento de un Estado con esta norma[15].

En relación a este punto es importante resaltar el rol que la Corte otorga a la interpretación que el Comité de Derechos Humanos realiza con respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirmando que "*Aun cuando la Corte no se encuentra obligada, en el ejercicio de sus funciones judiciales, a modelar su interpretación del Pacto en relación a la del Comité, ésta cree que debería atribuir una gran importancia a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido específicamente para supervisar la aplicación de ese tratado"*. Esta misma lógica utiliza la Corte para revisar la interpretación que la Comisión Africana ha realizado de la norma contenida en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y cuya vulneración está siendo juzgada en este caso[16]. Finalmente, la Corte destaca la interpretación desarrollada por las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos respecto de las normas similares contenidas en los respectivos tratados, sin embargo no realiza ninguna afirmación que dé cuenta de la relevancia que dicha interpretación podría tener en esta causa en particular. Respecto del contenido de la opinión de los órganos especializados citados por la Corte, existe una divergencia entre lo que ésta manifiesta en el fallo con lo expuesto por los jueces Keith y Greenwood en su declaración conjunta pues, mientras la Corte afirma que de las decisiones del Comité de Derechos Humanos es posible reconocer el establecimiento de un estándar que prohíbe el tratamiento arbitrario tanto en materia procedimental como en materia de fondo[17], los jueces indican que tanto las decisiones como los comentarios generales del Comité ponen el énfasis en las salvaguardias que por medio del procedimiento se pondrían a las posibles decisiones arbitrarias y no al establecimiento de una prohibición de arbitrariedad subyacente también en el fondo de las decisiones en relación a la expulsión de una persona extranjera[18]. De la lectura de las decisiones y textos citados, es posible concluir que la construcción de un estándar de prohibición de arbitrariedad en el fondo de las decisiones en materia de expulsión de extranjeros –aunque sostenible desde la perspectiva de los derechos humanos–[19] no se puede cimentar en la opinión de los organismos especia-

11 *Diallo* (Sentencia de fondo), *op. cit.* note 2, §65.

12 Vermeer-Künzli, A. (2011). "The Subject matters: The ICJ and Human Rights, Rights of shareholders, and the *Diallo* Case". *Leiden Journal of International Law,* num. 24, p. 615.

13 *Diallo* (Sentencia de fondo), *supra* note 2, §72.

14 Opinión Separada Juez Antônio Cançado Trindade, §141.

15 Declaración conjunta Jueces Keith y Greenwood, §7.

16 *Diallo* (Sentencia de fondo), *supra* note 2, §66-67.

17 *Ibid.* §65.

18 Declaración conjunta Jueces Keith y Greenwood, §10.

19 Opinión separada Juez Antônio Cançado Trindade, §107 a 142.

lizados, pues sus decisiones en los casos particulares y las opiniones en relación al cumplimiento del Estado de las normas citadas se han realizado siempre desde la perspectiva del cumplimiento de la normativa procedimental[20], y no así de la coherencia con un posible principio de prohibición de la arbitrariedad.

La segunda violación a los derechos del Sr. Diallo alegada por Guinea, se refiere a los artículos 10.1 y 7 del Pacto y el artículo 5 de la Carta Africana, relativos a la obligación del Estado de que toda persona privada de libertad sea tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. En este apartado, y sin que fuese un tema controvertido entre las partes, la Corte se da el espacio para afirmar en términos amplios que la prohibición de tratamiento inhumano y degradante es una regla general de derecho internacional, obligatoria para los Estados en todas las circunstancias[21]. Sin embargo, acto seguido la Corte establece que en este caso en particular Guinea no pudo demostrar que el Sr. Diallo haya sido víctima de trato inhumano durante su periodo de detención, y que el alegato de Guinea relativo a la imposibilidad de éste de comunicarse con sus familiares y representantes no parece efectivo y que, aún de serlo, no constituiría de por sí malos tratos conforme al artículo 10 del Pacto[22]. En esto, entonces, y contraria a la actitud de la Corte con relación a lo precedentemente analizado respecto a la expulsión de las personas extranjeras, ésta se aparta del estándar internacional de derechos humanos en la materia, pues se ha entendido[23] que la imposibilidad de contactarse con familiares y representantes sí constituiría malos tratos a la persona detenida. Esta decisión es también discutida por el juez Cançado Trindade en términos del *onus probandi* en la materia, el que –a su juicio– debería estar en el Estado que debe dar cuenta del tratamiento otorgado al detenido, siguiendo una línea más cercana a lo dicho por la Corte en este sentido al principio de la sentencia[24].

En relación al tercer y cuarto alegato de Guinea, la Corte declara que la República Democrática del Congo vulneró los artículos 9.1 y 9.2 del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana, puesto que la detención del Sr. Diallo fue arbitraria al no cumplir con las leyes internas que regulan este tipo de detenciones, no produciéndose las revisiones necesarias, ni determinándose la posibilidad de evasión del cumplimiento de la expulsión, y al no habérsele notificado el decreto de expulsión al Sr. Diallo en tiempo y forma[25]. Por otra parte, la Corte estimó que la República Democrática del Congo no produjo ninguna evidencia que permitiera concluir que el Sr. Diallo pudo ejercer su derecho a asistencia consular, y que –en cualquier caso– si efectivamente el Sr. Diallo fue informado oralmente de la posibilidad de ejercer este derecho, esto fue muy tarde en el proceso, por lo que se vulneraría igualmente la norma dado que ésta exige que dicha información se entregue *sin retraso.* Así, la Corte decidió que el Estado habría vulnerado también el artículo 36 de la Convención de Viena de Relaciones Consulares[26].

Al finalizar el análisis de los alegatos de Guinea respecto de la vulneración de los derechos del Sr. Diallo en cuanto individuo, la Corte se hace cargo de los alegatos de vulneraciones a sus derechos como socio de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, rechazando todas las peticiones[27]. De este modo, en la última parte del fallo, la Corte declara que la República Democrática del Congo debe reparar, en forma de compensación, a la

20 Weissbrodt D. y Divine M. (2012). "International human rights of migrants", pp. 167-168. En Opeskin B.; Perruchoud, R. y Redpath-Cross, J. (ed.). *International Migration Law.* Cambridge: Cambridge University Press.

21 *Diallo* (Sentencia de fondo), *supra* note 2, §87.

22 *Ibid.* §88.

23 Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, 1997, §90-91; Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1988, §156; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas.* Washington: OEA/Ser.L, pp. 218-219. Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: España, 1996, §12, 18 (CCPR/C/79/Add.61); Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Egipto, 2002, §16 (CCPR/CO/76/EGY).

24 Opinión Separada Juez Antônio Cançado Trindade, §73 y 74.

25 *Diallo* (Sentencia de fondo), *supra* note 2, §75 a 85.

26 *Ibid.* §90 a 97.

27 *Ibid.* §99 a 159.

República de Guinea por las consecuencias de las violaciones reconocidas, fijando un plazo de 6 meses para que las partes acuerden el monto de ésta[28].

El 19 de junio de 2012 y en un hecho que había ocurrido únicamente en el caso del Canal Corfú en 1949, la Corte –ante la imposibilidad de las partes de acordar una compensación– decide dictar una sentencia que fije la reparación debida por la República Democrática del Congo. En su Memoria, Guinea había pedido un total de 11.5 millones de dólares, lo que comprendía compensaciones por daño material y daño no pecuniario. Por su parte, la República Democrática del Congo propuso una compensación por 30.000 dólares por daño no pecuniario y nada por daño pecuniario.

Al comenzar el fallo, la Corte hace dos grandes afirmaciones. La primera, que dado que no ha sido una práctica establecida en su jurisprudencia la de fijar montos de compensación, ésta tomó en consideración la práctica de otros tribunales internacionales (Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y comisiones como la Comisión de Compensaciones de Naciones Unidas (Kuwait – Irak)[29]. La segunda, que la parte debe probar los daños que alega, pero en relación a la carga de la prueba, la Corte mantendría el criterio de flexibilidad establecido en la sentencia de fondo[30].

Luego, en el análisis de las peticiones, la Corte determina que en el caso del daño no pecuniario, éste podía ser establecido sin evidencia particular dada la naturaleza propia de los hechos. Así, basándose entonces en consideraciones de equidad, fija la compensación por daños inmateriales en 85.000 dólares[31].

Acto seguido, la Corte analiza la compensación por daño material, la que fue solicitada por Guinea en base a tres puntos: pérdida de propiedad individual (incluyendo activos en cuentas bancarias), pérdida de remuneración del Sr. Diallo durante su detención y expulsión ilegal, y pérdida de ganancias potenciales. Respecto de la pérdida de propiedad individual, la Corte estima que Guinea no es capaz de probar la extensión de, ni la existencia de ésta, ni que efectivamente la República Democrática del Congo le haya impedido llevarse sus pertenencias, sin embargo reconoce que algún daño material debe haber causado la detención y expulsión arbitraria del Sr. Diallo, por lo que otorga una compensación, basada en consideraciones de equidad, de 10.000 dólares[32]. En cuanto a la pérdida de remuneraciones, la Corte manifiesta que Guinea no fue capaz de probar que el Sr. Diallo estuviese recibiendo mensualmente remuneraciones de parte de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, ni que dicha remuneración fuera de 25.000 dólares mensuales como se alegaba, por lo que se desestima esta petición[33]. Finalmente, respecto de las posibles ganancias supuestamente perdidas por el Sr. Diallo, la Corte señala que esta petición no puede ser conocida por ella, pues Guinea la plantea desde la perspectiva de la pérdida de valor que habrían sufrido las compañías Africom-Zaire y Africontainers-Zaire mientras el Sr. Diallo se encontraba detenido y tras ser expulsado, lo que –conforme el fallo de objeciones preliminares de 2007– habría quedado fuera del ámbito del caso al tratarse de daños causado a las compañías mismas y no al Sr. Diallo[34].

De este modo, la Corte fija un total de 95.000 dólares como monto de compensación debido a la República de Guinea en representación del Sr. Diallo[35].

El juez Abdulqawi Ahmed Yusuf, en su declaración adjunta al fallo, manifiesta su opinión en el sentido de que la interrupción de las actividades del Sr. Diallo afectó indudablemente su capacidad para manejar sus compañías, lo que –independiente de la imposibilidad de Guinea de demostrar los montos de las ganancias del Sr. Diallo antes de su detención– debió llevar a la Corte a fijar una compensación por este concepto. Además, el juez manifiesta que las cortes regionales de derecho humanos, que fueron citadas por la Corte en

28 *Ibid.* §160 a 164.
29 *Diallo* (Sentencia de reparaciones), *supra* note 3, §13.
30 *Ibid.* §15.
31 *Ibid.* §24 a 25.
32 *Ibid.* §36.
33 *Ibid.* §44.
34 *Diallo* (Sentencia de reparaciones), *supra* note 3, §53.
35 *Ibid.* §56.

su fallo, adoptan un criterio flexible en esta materia, otorgando entonces compensaciones en estos casos, en base a la equidad, a víctimas de violaciones a derechos humanos[36]. El juez Christopher Greenwood, por su parte, se manifiesta conforme con la decisión de la Corte en relación con los daños materiales, pero considera que el monto otorgado por el daño moral sufrido por el Sr. Diallo es muy alto, en comparación con el otorgado por las cortes regionales de derechos humanos, cuya jurisprudencia sirvió de base a esta decisión de la Corte[37]. Finalmente, el juez Antônio Cançado Trindade, en una extensa opinión separada, profundiza los argumentos que sustentan la decisión de la Corte en cuanto a la reparación otorgada al Sr. Diallo, con una mirada fuertemente arraigada en el derecho internacional de los derechos humanos y reconociendo, particularmente, el aporte hecho por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia[38].

Conclusiones

Los fallos de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Ahmadou Sadio Diallo, aquí comentados, presentan una serie de particularidades que permiten concluir un cambio en la forma en que la Corte aborda los casos relativos a violaciones de derechos humanos, desde la perspectiva más tradicional de la protección diplomática, a una con un enfoque centrado en el individuo titular de los derechos vulnerados, independiente de si éste es extranjero o no[39].

En primer lugar, y como es destacado por el Juez Cançado Trindade[40], esta es la primera sentencia en que la Corte conoce un caso y falla respecto de la violación de derechos humanos individuales en torno a un tratado universal y un tratado regional de derechos humanos, lo que sin duda sienta un importante precedente en la forma en como la figura de la protección diplomática se ejerce frente a la Corte cuando se trata de los derechos humanos de un individuo. En segundo lugar, se debe destacar el enfoque en materia de carga de la prueba que la Corte establece, flexibilizando el estándar y permitiendo que las particulares circunstancias del caso influyan en la determinación de la parte que se encuentra obligada a producir la prueba. Asimismo, el análisis realizado por la Corte en materia de la prohibición de la arbitrariedad en la expulsión de un extranjero, tanto en el procedimiento como en el fondo de la decisión, extienden el estándar de cumplimiento más allá de lo que lo han interpretado otros organismos especializados en derechos humanos. Esta situación, sin embargo, contrasta con lo expuesto por la Corte en materia de trato inhumano y degradante, pues descarta que la incomunicación de una persona detenida con sus representantes y familiares pueda constituir malos tratos, en circunstancias que otros organismos especializados sí lo han reconocido de esa manera.

Finalmente, y como una posible muestra de este nuevo enfoque, la sentencia de reparaciones dictada por la Corte sienta sin duda también un nuevo precedente[41]. El 30 de mayo de 2011 expiró el plazo de las partes para acordar las compensaciones debidas. Menos de cuatro meses después, ante la imposibilidad de llegar a este acuerdo, la Corte fija el plazo para que los Estados presenten sus memorias en relación a las compensaciones, plazo que finalizó el 21 de febrero de 2012 con la presentación de la República Democrática del Congo. Menos de cuatro meses después, la Corte se pronunciaba en un fallo que no se había producido sino más de sesenta años antes, en 1949, en el caso del Canal Corfú. No sólo el hecho de que

36 Declaración Juez Yusuf (Sentencia de reparaciones), §11.

37 Declaración Juez Greenwood (Sentencia de reparaciones), §5, 6 y 11.

38 Opinión Separada Juez Antônio Cançado Trindade (Sentencia de Reparaciones), §60 a 73.

39 En este sentido, Milano, E (2004). "Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?". *Netherlands Yearbook of International Law*, núm. 35, pp. 85-142.

40 Opinión Separada Juez Antônio Cançado Trindade (Sentencia de Fondo), §1 y 232.

41 En este sentido, Giorgetti, C. (2012). "Ahmadou Sadio Diallo (*Guinea vs. Dem. Rep. Congo*) Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea (I. C. J.), Introductory Note". International Legal Materials, vol. 51, núm.4, pp. 737-754; y, Andenas, M. (2013). "Ahmadou Sadio Diallo". *The American Journal of International Law*, vol. 107, núm. 1, pp. 178-183.

la Corte haya dictado la sentencia de compensaciones, sino la celeridad con la que este proceso se llevó a cabo, refleja un cambio en la forma en que la Corte se vincula con la efectividad de sus fallos, sin duda influenciada por la naturaleza de la causa, por el principio *pro persona*, y por entender que –tal como lo plantea el juez Cançado Trindade en su opinión separada–[42] la obligación de otorgar reparación es fundamental y un imperativo de justicia.

42 Opinión Separada Juez Antônio Cançado Trindade, §97.

AUTOR

Karl Müller Guzmán

Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional, Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso y Universidad Andrés Bello. Ex funcionario del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

Sentencia sobre asociación ilícita y trata de personas del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago

¿Ejemplo de cumplimiento por parte del Estado de Chile de los tratados internacionales sobre trata de personas?

I. INTRODUCCIÓN

Si se tiene en cuenta el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910, así como el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921, traficar o comerciar con personas, en cuanto conducta regulada y sancionada por el derecho internacional, tiene antecedentes de larga data. Sin embargo, lo cierto es que el tipo penal que consagra universalmente la trata de personas es relativamente reciente. Efectivamente, cómo se indica en la Resolución 64/293 de 23 de julio de 2010 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, "por primera vez se logra una definición convenida a nivel universal del delito de trata de personas con el propósito de prevenir la trata de personas, proteger a sus víctimas y procesar a sus autores". Sin duda, lo anterior constituye un logro por lo relevante del propósito de dicho acuerdo internacional, pero también porque esta es una materia y conducta particularmente compleja de regular, prevenir y sancionar por diversas razones.

En primer lugar, porque la trata de personas se puede y se debe abordar desde distintos ámbitos, por ejemplo, el histórico, sociológico, psicológico, de las políticas públicas de los Estados, y el ámbito jurídico. A su vez, desde el punto de vista jurídico, esta materia es analizada y regulada tanto por el derecho internacional público como por los derechos nacionales. En el ámbito del derecho internacional, como señala Badía Martí (cf. 2005: 177), es una materia relevante para el derecho internacional penal como para el derecho internacional de los derechos humanos. Por su parte, en el ámbito del derecho nacional, es una materia que interesa a diversas ramas del derecho, entre otras, al derecho penal, laboral y de familia.

En segundo lugar, el tipo penal, en cuanto tal, es complejo debido a la multiplicidad de bienes jurídicos protegidos que se ven afectados por esta conducta como se podrá apreciar más adelante en este artículo.

A las razones anteriores, se debe agregar que este

es un delito que afecta a casi todos los Estados que conforman la comunidad internacional, en el sentido que la mayoría de los Estados es origen, destino y tránsito de personas objeto o víctima de trata de personas.

En relación con lo anterior, uno de los aspectos que resaltan los tratados y resoluciones internacionales, particularmente la resolución 64/293 antes mencionada, dice relación con la necesidad de divulgación, estudio y conocimiento de esta conducta, en el sentido de tomar conciencia de este crimen no sólo en el ámbito propio de Naciones Unidas, sino también por los Estados, el sector privado, la sociedad civil, los medios de comunicación internacionales y nacionales, así como por la población en general. Con este propósito destacado por el derecho internacional y las organizaciones internacionales, así como con la finalidad de dar cuenta de la cada vez más estrecha relación que existe entre el derecho internacional y el derecho nacional, es que se describirá a continuación el caso de trata de personas recientemente juzgado en Chile por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, mediante la Sentencia rol 199-2012 de siete de septiembre de 2012.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos contemplados en la sentencia del Tribunal

En primer lugar, la participación de una organización dedicada a la trata de personas. Esta participación se materializa, según lo resuelto por el Tribunal, en la facilitación de la entrada de personas al territorio nacional y en el traslado dentro del país de ciudadanas de la República Dominicana. Lo anterior con el propósito de que dichas personas ejerzan la prostitución, engañándolas y aprovechándose de su estado de desamparo económico y situación de vulnerabilidad en que se encontraban.

En la sentencia se agrega que de esta organización formaron parte, dentro del seno de su estructura jerárquica, diversas personas de nacionalidad chilena y dominicana. La estructura jerárquica de la organización estaba formada de la siguiente manera: contaba con una líder que dirigía y coordinaba la trata de personas, esto es, contactaba a las víctimas y facilitaba su ingreso al país o el traslado de las víctimas en el país con fines de prostitución. Les otorgaba estadía en el país, las ofrecía y distribuía. Otras personas estaban encargadas de coordinar la llegada de las víctimas al país, de recibirlas y trasladarlas. También una de las acusadas estaba encargada de la recepción y acogida de las víctimas. Otra persona regentaba un local nocturno, en el cual se recibían y acogían a las víctimas y se prostituían. A su vez, otra persona se encargaba del local nocturno en ausencia de la anterior y ejercía control sobre las víctimas.

Se indica también en la sentencia que esta organización, desde que comenzó a operar, envío más de veinte millones de pesos a la República Dominicana.

1.1 Otros hechos

Se refiere la sentencia también a la facilitación del ingreso a Chile de las víctimas de nacionalidad dominicana, a quienes contactaron previamente en la República Dominicana, a fin de que mediante engaño y aprovechándose de su desamparo económico, se les indicó que trabajarían en turismo. Sin embargo, una vez en el país, fueron trasladadas desde Santiago a otras ciudades a un local nocturno para ejercer la prostitución.

Se constata también que cuando personal de Carabineros en cumplimiento de una orden de entrada, registro e incautación, ingresa a un local nocturno, sorprendió a la imputada cuando mantenía encerrada en una pieza con candado a una de las víctimas individualizadas.

2. Calificación jurídica de los hechos por parte del Tribunal

Acreditados los hechos según el parecer del tribunal, los califica jurídicamente como delito de asociación ilícita y de trata de personas.

2.1 Delito de asociación ilícita

El tribunal califica jurídicamente el primer hecho mencionado como constitutivo del delito consumado de asociación ilícita para la comisión del delito de trata de personas, previsto en el artículo 292 y sancionado en el artículo 293 del código

penal por concurrir todos los elementos normativos del tipo penal. Dicho elementos normativos son: una unión de dos o más personas (pluralidad) una voluntad común, una organización jerárquica, la finalidad de cometer el crimen de trata de personas.

En cuanto a su elemento subjetivo, sostiene el Tribunal que la conducta del asociado para delinquir deriva en que él sujeta su voluntad a la del grupo, y de este modo se inserta en la organización. Esto significa, según lo señalado en la sentencia, la conducta punible sólo puede ser realizada mediante dolo directo, ya que se requiere la presencia de la voluntad de pertenecer como miembro de la organización con fines delictivos por parte del agente, lo que fluye del propio tenor literal del artículo 294 del código penal, al contener la expresión a sabiendas.

Con respecto a la existencia de una pluralidad de individuos con una determinada forma de organización, el Tribunal señala que ello supone la existencia de una relación jerárquica entre los asociados, en que unas personas asumen mayor responsabilidad, encargadas de dar las órdenes o dirigir las acciones que otras ejecutan. Esta distribución de funciones trae como resultado benigno para la asociación que la función realizada por algún integrante pueda ser reemplazada por otro.

Al respecto el tribunal sostiene que en este caso queda acreditada la existencia de un grupo de personas que se ha asociado y organizado para atentar contra el orden social y las buenas costumbres, ejecutando crímenes de trata de personas con fines de explotación sexual, en que las víctimas son extranjeras, todas en situación de vulnerabilidad, y en el que cada uno de sus integrantes realizaba diversas misiones en la organización, todo lo que permitió el funcionamiento de dicha asociación.

El Tribunal desarrolla, como corresponde especialmente en materia penal, los distintos elementos del tipo penal, sin embargo, conforme al aspecto que se quiere destacar en este artículo, esto es, la vinculación de esta materia con su regulación en el derecho internacional, el tribunal precisamente recuerda en su sentencia que este tipo penal se consagra a partir de una modificación legal que pretende armonizar el derecho chileno con la normativa internacional sobre trata de personas suscrita por Chile. Dicha normativa corresponde fundamentalmente a la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía; la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, y particularmente el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, en donde se pretende reprimir la existencia de organizaciones criminales y la afectación grave de bienes jurídicos vinculados a la dignidad humana. Esto en parte, refleja que este delito es pluriofensivo, por la multiplicidad de bienes jurídicos que protege, entre otros, la vida, la libertad y seguridad personal, la libertad sexual y de trabajo.

Como se había señalado, la sentencia da cuenta de la complejidad de esta materia en relación con los bienes jurídicos protegidos en este tipo penal, en el mismo sentido que lo indica la doctrina. Efectivamente, como bien se sostiene, es un delito complejo debido a "las formas de explotación que comprende (trabajos forzados, extracción de órganos, servidumbre o esclavitud); y en segundo lugar, y en relación con lo primero, por los medios de comisión en virtud de los cuales este delito se configura (violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios)" (Kühne, 2012: 17).

Cabe destacar que, en este caso, el Tribunal absolvió a uno de los imputados, sosteniendo que la prueba de cargo no resultó suficiente para destruir la presunción de inocencia que lo amparaba, ya que el Tribunal tuvo dudas, más que razonables, respecto de su participación en los delitos por los cuales fue acusado.

En este sentido, el Tribunal sostuvo que no existió elemento de cargo idóneo que lo vinculara directamente con algunas de las conductas sancionadas por los tipos penales en cuestión. Más bien sus

actuaciones se circunscribieron en el contexto de una relación de pareja, sin que se acreditara que el imputado tuviera conocimiento de las acciones que realizaba su pareja en conjunto con la líder de la organización criminal. Incluso, el acusado siempre tuvo actividades lícitas remuneradas, como se acreditó con sus propios dichos refrendados por la prueba documental incorporada por su defensa y los testimonios de testigos.

Además, agrega la sentencia, si bien la conducta del imputado en los hechos se enmarcó en el verbo rector "acoger" al recibir en su casa a las víctimas y el envío de dinero a una de las imputadas, tales conductas resultan ser atípicas, por cuanto a su respecto no se acreditó de ninguna forma el elemento subjetivo del tipo penal en cuestión, a saber, el ánimo o finalidad de explotación sexual, acciones que se debieron a una actitud normal respecto de personas que en calidad de familiares fueron traídas por su pareja al domicilio. Por otra parte, la cantidad de dinero referida es en relación a los montos que manejaba la receptora de ese envío, circunstancias que no son indicativas de que tuviera alguna participación en los hechos el acusado. Finalmente, el Tribunal sostiene que en las escuchas telefónicas que mantuvo con una de las imputadas no hubo ninguna alusión a los hechos materia de la acusación, que no fuera el saber sobre su pareja, por lo que procede dictar sentencia absolutoria en su favor.

Se menciona lo anterior, simplemente para destacar un aspecto que escapa al propósito de este artículo pero que siempre se debe tener presente y analizar con profundidad, esto es, que respecto de toda persona, no obstante la gravedad del delito, debe imperar la presunción de inocencia en el marco de un debido proceso. Junto con lo anterior, y como ocurrió en este caso, una vez comprobada y declarada la inocencia de uno de los acusados, se le debe garantizar el derecho a su honra, lo que resulta difícil de recuperar o mantener por el solo hecho de verse involucrado en un delito de estas características.

2.2 Delito de trata de personas

Por otra parte, el Tribunal califica algunos de estos hechos como trata de personas con fines de explotación sexual, particularmente el hecho de haber facilitado el ingreso a Chile de las víctimas, a quienes contactaron previamente en la República Dominicana, a fin de que mediante engaño y aprovechándose de su desamparo económico, se les indicó que trabajarían en turismo. Sin embargo, una vez en el país, fueron trasladadas desde Santiago a otras ciudades para prostituirse.

En relación con el argumento esgrimido por la defensa, en el sentido que el consentimiento de la víctima excluye la ilicitud porque la libertad sexual es un bien disponible, es desestimado por el Tribunal. Al respecto se sostuvo en la sentencia que tratándose de trata de personas, en que existe engaño y situación de vulnerabilidad, resulta irrelevante el consentimiento de la víctima. Además, hay otros bienes jurídicos protegidos en este tipo penal y que no son disponibles.

3. La acusación del Ministerio Público.

Conforme al Ministerio Público, los acusados, desde a lo menos el mes de abril de 2010 hasta el día 25 de mayo de 2011, actuando de manera organizada en el seno de una estructura jerárquica, en la cual cada uno de ellos cumplía funciones determinadas, se han dedicado de manera sistemática y permanente a la trata de personas, facilitando la entrada a Chile y el traslado dentro de nuestro país de ciudadanas de República Dominicana, a efectos de ejercer la prostitución, engañándolas, aprovechando su estado de desamparo económico y la situación de vulnerabilidad en que se encontraban. La asociación tiene como giro o fin principal la comisión de ilícitos de trata de personas, para ello cada integrante aporta con un eslabón de esta cadena de actos.

Agrega el Ministerio Público que, para lograr su objetivo, la organización está estructurada de la siguiente forma: cuenta con una líder que dirige y coordina la trata de personas, contacta a las víctimas y facilita su entrada al país o el traslado dentro de Chile con fines de prostitución. Para esto, coordina su llegada y recepción al país o lugar de destino, les otorga estadía y las ofrece y distribuye. Otra persona, además de coordinar la llegada de algunas víctimas al país, de recibirlas en el

Aeropuerto Arturo Merino Benítez y trasladarlas hasta un domicilio determinado, se preocupa, de la estadía de las víctimas, alimentación y posterior traslado a las ciudades de Concepción y San Antonio. En la ciudad de San Antonio, otra integrante de la asociación, de nacionalidad chilena, se encarga de la recepción y acogida de las víctimas. Además, es regente de un local nocturno.

En la ciudad de Concepción otro integrante de la organización, de nacionalidad chilena, está encargado de la estadía de las víctimas en esa ciudad.

Otro hecho que el Ministerio Público atribuye a los acusados es el de trata de personas. En este sentido, se sostiene que los acusados previamente organizados, facilitaron el ingreso a Chile de las víctimas, contactándolas previamente en su país de origen, esto es, República Dominicana. Esta función la desempeñaba una de las acusadas engañando a las víctimas, aprovechándose de su desamparo económico, indicándoles que podían obtener una buena remuneración por trabajar en nuestro país, sin señalar que deberían ejercer la prostitución. Una vez en nuestro país, la imputada las trasladaba a Santiago para que ejercieran la prostitución en el centro de la ciudad y, días después, a la ciudad de Concepción, donde las víctimas ejercieron la prostitución con diversos clientes en un local nocturno.

Agrega el Ministerio Público que cuando personal de Carabineros en cumplimiento de una orden de entrada, registro e incautación, ingresó a un local en San Antonio, sorprendió a la imputada manteniendo encerrada en una pieza con candado a una de las víctimas.

El Ministerio Público, al calificar estos hechos, sostiene que el primer hecho descrito es constitutivo del delito de asociación ilícita para los delitos de trata de personas, correspondiéndoles en el mismo a los acusados responsabilidad en calidad de autores de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 Nº 1 del Código Penal. Encontrándose este ilícito respecto de todos en grado de desarrollo de consumado.

Los otros hechos descritos son constitutivos, a juicio de la Fiscalía, del delito de Trata de personas, correspondiéndole en el mismo a los acusados responsabilidad en calidad de autores de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 Nº 1 del Código Penal.

4. La defensa de los acusados

En defensa de los acusados se sostiene en este caso que no se está frente a ninguna clase de organización para el tráfico de personas, entre otras razones, porque los imputados no se conocen entre sí.

Agrega la defensa que el bien jurídico que se discute es la dignidad humana, la autodeterminación sexual y la libertad sexual en el caso de los adultos. En este sentido, en cuanto a la conducta que debe desplegarse, facilitación a través del engaño, la defensa sostiene que no cualquier engaño es relevante. La libertad sexual es un bien jurídico, pero disponible y por tanto, si el sujeto renuncia a ello, deja de ser un bien jurídico, por ello se va a tener que acreditar una coacción de las personas que representa.

Agrega la defensa que no existe por parte de los imputados el propósito de lucrar ya que el dinero se enviaba a los familiares al extranjero. Además, las víctimas llegaron voluntariamente a Chile. Lo anterior es sin perjuicio de que la prostitución no es ilegal y de que las víctimas no estaban privadas de libertad como sostiene el Ministerio Público.

III. Consideraciones finales

De conformidad con lo sostenido por el Tribunal, se aprecian dos materias relativas a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional que se desean destacar en este artículo, a saber:

- La necesidad de armonizar la legislación nacional con el derecho internacional en relación con la regulación jurídica del delito de trata de personas y si dicha armonización ha sido suficientemente lograda en el derecho nacional.
- La existencia de problemas jurídicos pendientes que el Estado de Chile debe resolver sobre el particular. Al respecto, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha constatado algunos problemas, como por ejem-

plo, las escasas condenas en relación con este delito, no obstante que se trata de un delito de alcance mundial. Además, dicho órgano de las Naciones Unidas sostiene que se aprecia una vergonzosa falta de conocimiento sobre este complejo delito. Por lo mismo, agrega dicha entidad internacional, que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que se tenga un mayor conocimiento de esta conducta criminal. La sentencia antes mencionada se puede considerar como una medida necesaria en dicho sentido, pero claramente insuficiente.

1. ¿POR QUÉ ES INSUFICIENTE?

Sin duda que sentencias como la antes mencionada, son relevantes en la medida que constituyen un elemento de varios que permiten hacer frente a esta conducta a fin de evitar su ocurrencia, o en su caso, sancionarla. No obstante lo anterior, aún cuando se consolide una jurisprudencia al respecto, los Estados deben enfrentar diversos problemas en el ámbito jurídico en relación con esta conducta.

Así, por ejemplo, los Estados deben armonizar sus legislaciones nacionales con los tratados suscritos y ratificados, especialmente si se encuentran vigentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

Efectivamente, los tratados, como la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños y resoluciones internacionales como la ya citada 64/293 de la Asamblea General y la resolución 2008/33 del Consejo Económico y Social, de 25 de julio de 2008 consagran diversas obligaciones o medidas que han de adoptar o cumplir los Estados:

- Aprobar y promulgar leyes que tipifiquen la trata de personas.
- Penalizar, conforme a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de cometer este delito, la participación como cómplice y la organización o dirección de otras personas con miras a la comisión de un delito.
- Asegurar que se responsabilice a todas las categorías de tratantes de personas, incluidas las personas y entidades jurídicas.

En este sentido se puede sostener, sin que sea algo pacífico, que nuestra legislación está en deuda al no contemplar esta última medida señalada en la resolución de la ONU antes mencionada. Efectivamente, conforme a la ley 20.393 se consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero en relación con los aspectos más bien patrimoniales en materia de tráfico de estupefacientes, terrorismo y corrupción de funcionarios públicos.

En relación con este aspecto, teniendo presente a autores como Galán (2011) y Hernández (2010) se discute el sentido y alcance de consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo anterior es sin perjuicio que la propia Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada establece la posibilidad de que la responsabilidad de la persona jurídica no sea solamente o necesariamente penal. En este sentido, dicha Convención señala en su artículo 10 que, "Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa".

Junto con lo anterior, además de la tipificación de la conducta que ya se encuentra consagrada en el ordenamiento jurídico chileno, cabría adoptar medidas sencillas pero muy efectivas al respecto. Así, por ejemplo, aumentar el número de funcionarios de la Dirección del Trabajo a fin de que pueda cumplir con su función conforme se consagra en el Decreto con Fuerza de Ley Número 2 de 30 de mayo de 1967 y se manifiesta también por la propia Dirección del Trabajo en su página en internet, esto es, "velar por el cumplimiento de la legislación laboral, fiscalizando, interpretando, orientando la correcta aplicación de la normativa y promoviendo la capacidad de autorregulación de las partes, en la búsqueda del desarrollo de relaciones de equilibrio entre empleadores y trabajadores". Dentro de esta función está la de velar por la prevención y sanción de la trata de personas no sólo con fines de explotación sexual comercial forzosa, sino también en otros ámbitos del trabajo forzoso, a saber, la agricultura, la construcción o el trabajo doméstico. No se debe olvidar que

esta función se fundamente en obligaciones que Chile ha contraído mediante diversos acuerdos internacionales, particularmente, los acordados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, particularmente los Convenios 29, 105, 107, 169 y 182.

La necesidad de adoptar estas medidas legislativas y administrativas, sin perjuicio de la labor de los tribunales de justicia, tiene que ir de la mano con los esfuerzos de armonización legislativa no sólo en el propio derecho nacional con los tratados internacionales que ha celebrado el Estado, sino también con la obligación de cooperar que tienen los Estados a fin de prevenir y sancionar estas conductas a nivel mundial. En este sentido se puede apreciar que la labor de los tribunales de justicia resulta particularmente insuficiente, porque esta es una conducta que, además de las complejidades jurídicas que presenta, es compleja de enfrentar por los Estados desde el momento que es un problema que tiene un alcance mundial. De allí que los Estados deban enfrentarlo no sólo desde el ámbito judicial, sino, legislativo, administrativo y muy especialmente, mediante la cooperación en el ámbito del derecho internacional. No es un problema que los Estados puedan resolver aisladamente o unilateralmente.

Al mismo tiempo, resulta fundamental llevar a cabo una labor de educación y capacitación en esta materia tanto de la población en general, así como de los funcionarios o agentes del Estado y particularmente de los abogados, jueces, fiscales y defensores públicos, con el propósito no sólo de comprender los elementos y características de esta conducta, sino de prevenir su ocurrencia.

2. Problema de alcance mundial

Se puede apreciar que es un problema de alcance mundial si se tiene en cuenta que las corrientes de trata a nivel mundial afectan a casi todos los países de todas las regiones. Efectivamente, de acuerdo al Informe mundial sobre la trata de personas de 2012 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "[e]ntre 2007 y 2010 se detectaron víctimas de 136 nacionalidades distintas en 118 países de todo el mundo, y la mayoría de los países registraron diversas corrientes de trata. En el período que se examina se detectaron unas 460 corrientes de trata distintas en todo el mundo".

Por su parte, dicho informe agrega que "[l]a mayoría de las corrientes de trata son intrarregionales (es decir, se circunscriben a una sola región), y casi la mitad de las víctimas detectadas proceden de un país de la misma región que el país de destino. Casi una cuarta parte de las víctimas fueron trasladadas de una región a otra, y aproximadamente el 27% permaneció en el mismo país (es decir, en su país de origen)".

Otros antecedentes, reflejan que esta conducta afecta generalmente a los más débiles de la sociedad y de allí la razón de ser de la tipificación de esta conducta en que uno de sus elementos es la vulnerabilidad. Esto se puede apreciar en que, considerando el sexo de la víctima y su edad a nivel mundial, de acuerdo al informe antes mencionado, las mujeres representan entre el 55% y 60% del total de víctimas detectadas entre 2007 y 2010. Las niñas entre el 15% y el 20%, los hombres entre el 15% y el 18% y los niños constituyeron entre el 8 y el 10% de las víctimas.

En este sentido, también resulta interesante constatar que, si bien la mayoría de quienes cometen trata son hombres, dicho informe de Naciones Unidas da cuenta que "la participación de mujeres es más elevada en este delito que en la mayoría de los otros. La mayor parte de los países registran unas tasas globales de delincuencia femenina inferiores al 15% del total (de hombres y mujeres) para todos los delitos, con un promedio de aproximadamente el 12%; en cambio, la proporción de mujeres entre los procesados y condenados por trata de personas es del 30%. Los análisis estadísticos indican que la participación de mujeres en el delito de trata es más frecuente en los casos de trata de niñas".

Junto con lo anterior, hay que considerar otro aspecto en relación con esta conducta y que se refiere a la forma de explotación de la víctima, aspecto que nuevamente resalta la complejidad de esta conducta y el alcance mundial de la misma. La forma de explotación consiste en trabajos forzosos, explotación sexual y tráfico de órganos. Al

respecto, conforme al informe de Naciones Unidas citado: "[a]l comparar las regiones examinadas en este informe se observa que los países de África y el Oriente Medio, así como los de Asia meridional y Asia oriental y el Pacífico, detectan más casos de trabajo forzoso, mientras que los países de América, Europa y Asia central detectan más casos de explotación sexual. Al comparar todos los casos detectados en el mundo, se observa que la trata de personas con fines de explotación sexual es más frecuente que la trata con fines de trabajo forzoso. No obstante, esa estadística podría estar viciada, pues los países de Europa detectan más víctimas que los de cualquier otra región, por lo que es posible que en las cifras totales queden reflejadas de forma desproporcionada las modalidades de explotación que imperan en Europa. Ello significa que la proporción real de casos de trata con fines de trabajo forzoso a nivel mundial es probablemente superior a la cifra que se indica en el presente informe (36%)".

Son estos los aspectos que se han querido destacar en este artículo a fin de contribuir con uno de los propósitos consagrados en los tratados y resoluciones internacionales sobre trata de personas, esto es, la divulgación, estudio y toma de conciencia sobre este delito particularmente grave que debería repugnar a la conciencia de todos los seres humanos. Sin perjuicio, de que también se da cuenta de la cada vez más estrecha interacción entre los derechos nacionales y el derecho internacional.

Bibliografía

- Badia Martí, Anna M. (2005) Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo.*
- Decreto con Fuerza de Ley Número 2 de 30 de mayo de 1967. Publicado el 29 de septiembre de 1967.
- Dirección del Trabajo http://www.dt.gob.cl/1601/w3-propertyname-2299.html Recuperado el 10 de agosto de 2013.
- Galán Muñoz, Alfonso (2011) La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: Entre la Hétero y la autoresposabilidad. Recuperado el 15 de octubre de 20013 de http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej15/GALAN%20_11_.pdf
- Hernández Basualto, Héctor (2010) La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, Recuperado el 26 de octubre de 2013, de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-33992010000100005&script=sci_arttext#n4
- Informe mundial sobre la trata de personas. 2012. Resumen ejecutivo. Recuperado el 10 de septiembre de 2013 de http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Executive_Summary_Spanish.pdf
- Kühne Covarrubias, Rosemarie (2012) La trata de personas con fines de explotación sexual (trata de blancas) nueva normativa a la luz de la lye 20.507 del 01 de abril de 2011, que modifica el código penal chileno. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Departamento de Ciencias Penales. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Vivian Bullemore Gallardo. Santiago, Chile.
- Sentencia rol 199-2012 de siete de septiembre de 2012 del Cuarto Juzgado oral en lo penal de Santiago.

Tratados internacionales

Disponibles en http://www.endvawnow.org/es/articles/536-united-nations-treaties-conventions-and-general-recommendations.html

- Convenio Internacional para la represión de la trata de blancas de 1910.
- Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños de 1921.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
- Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.
- Los Convenios, 29, 105, 107, 169, 182 de la Organización Internacional del Trabajo.

Resoluciones de organizaciones internacionales.

Disponibles en: http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml

- Resolución 64/178 de 18 de diciembre de 2009, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Resolución 64/293 de 23 de julio de 2010 de la Asamblea General.
- Resolución 2008/33 del Consejo Económico y Social, de 25 de julio de 2008. Disponible en : http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2008/resolution%202008-33.pdf

AUTOR

Gonzalo Candia Falcón

Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos,
Pontificia Universidad Católica de Chile.
Correo electrónico: gfcandia@uc.cl

Proporcionalidad y Coherencia: Un Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Animal Defenders International vs. Reino Unido

Introducción

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de proporcionalidad se erige como uno de los principales estándares de revisión utilizados por los tribunales internacionales de derechos humanos. En efecto, la proporcionalidad ha recorrido un camino triunfal, tanto en el ámbito nacional como internacional, desde que fuera adoptada por el Tribunal Constitucional alemán en los años cincuenta. Esto ha traído como consecuencia que la proporcionalidad haya sido adoptada sin grandes cuestionamientos tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En ese sentido, la proporcionalidad ha sido utilizada por el TEDH para resolver múltiples casos de "conflictos de derechos", es decir, casos en los cuales surge una aparente contradicción entre distintos derechos y libertades, o bien entre derechos e intereses públicos. Uno de esos típicos casos es el correspondiente a la oposición entre libertad de expresión y la necesidad de proteger la imparcialidad y apertura del proceso político.

Uno de esos casos es, precisamente, el que referirá el presente comentario. En *Animal Defenders con Reino Unido*[1], el TEDH resolvió que la prohibición general de emitir propaganda política en períodos no-eleccionarios representaba una *infracción justificada* del derecho de libertad de expresión. Un análisis crítico del presente caso nos permitirá apreciar las principales debilidades del principio de proporcionalidad como estándar de revisión en materias de derechos humanos. Entre esas principales debilidades señalaremos que la pr orcionalidad: (a) no da cuenta de la inconmensurabilidad de los bienes humanos; (b) otorga una discrecionalidad sin límites al juez internacional, lo que se constituye en un riesgo cierto para los principios en los que se funda cualquier modelo de *rule of law* y (c) genera incertidumbres dentro del cuerpo de derecho conformado por las decisiones del TEDH.

1 *Animal Defenders International con Reino Unido*, Aplicación No 48876/08 (TEDH, 22 abril 2013), disponible en: http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

1. Los hechos del caso

Los hechos del caso en cuestión son bastante sencillos. El artículo 321 N° 2 de la Ley de Comunicaciones británica prohibía la emisión de avisos publicitarios "entera o principalmente de naturaleza política" en televisión en períodos no eleccionarios. El fundamento de dicha prohibición era la necesidad de preservar el proceso político de la influencia de grupos de poder que pudiesen intervenir los medios con el propósito de manipular la discusión pública en favor de sus propios intereses. La ley, con el objeto de hacer efectiva la prohibición, establecía un consejo administrativo encargado de verificar si todos los avisos publicitarios que serían exhibidos en televisión cumplían con la norma en cuestión.

Animal Defenders International era una ONG británica que buscaba terminar el uso indiscriminado de animales tanto en experimentos científicos como en los medios de comunicación. Con el objeto de promover esta causa, *Animal Defenders* preparó un aviso publicitario para la televisión, el que estaba destinado a sensibilizar a la población respecto al uso de animales como instrumentos de experimentación y entretención. Dicho aviso publicitario fue, en conformidad a lo dispuesto por la Ley de Comunicaciones, sujeto a la revisión del consejo administrativo correspondiente. El consejo determinó que el aviso tenía carácter "político" y, por tanto, no era susceptible de ser emitido en televisión.

La ONG decidió recurrir en contra de la decisión, argumentando que la misma infringía la libertad de expresión asegurada por la *Human Rights Act* británica. Tanto la corte de apelaciones respectiva (2006) como la *House of Lords* (2008) rechazaron la pretensión de *Animal Defenders*. Esto porque se consideró que el artículo 321 N° 2 de la Ley de Comunicaciones constituía una norma razonable y, por tanto, *necesaria para una sociedad democrática*. La razonabilidad de la ley estaba dada por su objeto: proteger la independencia del proceso político. En efecto, los jueces británicos argumentaron, si la ley permitiese que cualquier grupo con capacidad económica suficiente manipulara los medios de comunicación con fines políticos, entonces el proceso democrático era susceptible de ser fácilmente manipulado. Tras agotar los recursos internos, *Animal Defenders* presentó una petición al TEDH solicitando la condena del Estado británico. Tal como indicó anteriormente, el TEDH rechazó la petición de la ONG reafirmando los argumentos de los jueces nacionales.

2. La decisión del TEDH

Margen de apreciación versus proporcionalidad

El TEDH refirió el margen de apreciación como criterio para analizar el caso en cuestión. De hecho, el TEDH indicó que "el asunto central del presente caso es decidir si (…) el legislador, al momento de dictar una norma de alcance general y ponderar [los intereses en disputa], actuó dentro del margen de apreciación reconocido [por la Convención Europea]"[2]. Sin embargo, y dentro del mismo fallo, el TEDH resolvió el caso ponderando por medio del principio de proporcionalidad "el derecho de la ONG de difundir información e ideas" con "el deseo de las autoridades de proteger el proceso y el debate democrático"[3].

El margen de apreciación y el principio de proporcionalidad son dos criterios que son recurrentemente citados por todas las cortes internacionales de derechos humanos. Muchas veces ambos son tratados como estándares de revisión similares. Esto es un error conceptual.

El margen de apreciación es una técnica creada por las cortes para justificar la deferencia exhibida hacia los estados nacionales en cierto tipo de casos. Por ejemplo, si el objeto del caso es una materia respecto de la cual existe un desacuerdo generalizado entre los miembros de la comunidad regional, entonces las cortes tienden a ser deferentes hacia la solución normativa definida por el estado. Por el contrario, tratándose de otras materias en que existe consenso regional, las cortes tienden a ser más intrusivas respecto de sus estándares de revisión y, por tanto, menos deferentes hacia las autoridades nacionales.

En ese contexto, la aplicación del margen en fa-

2 *Animal Defenders International*…, §110.
3 *Animal Defenders International*…, §112.

vor de los estados supone deferencia; supone que las cortes aun entendiendo que el caso involucra derechos humanos, deciden deferir hacia la respuesta normativa estatal debido a factores como el consenso regional o bien porque la autoridad nacional se encontraría legitimada para dar una mejor solución al problema.

En muchos casos el TEDH ha decidido aplicar el margen de apreciación y deferir en favor de los estados. Casos típicos en este respecto son *Schalk, Kopf y otros con Austria*[4] y *Lautsi y otros con Italia*[5]. En el primer caso, el TEDH rehusó revisar el contenido sustantivo de la norma legal austríaca que impedía el matrimonio homosexual. En el segundo, el TEDH señaló que correspondía a los estados dentro de su margen de apreciación resolver las tensiones normativas que podrían producirse entre la manifestación de los sentimientos religiosos y la laicidad del estado moderno. Por tanto, el TEDH rechazó realizar un análisis intrusivo de la norma italiana que permitía que se exhibieran crucifijos en las escuelas públicas del país. El profesor George Letsas ha denominado "margen estructural" a aquellas instancias en que el TEDH ha evitado analizar la sustancia de la materia a discutir indicando que la misma es una cuestión sujeta a decisión del estado, ya sea porque las autoridades nacionales se encuentran mejor capacitadas para resolver o bien porque no existe un consenso regional acerca del punto en discusión[6].

Sin embargo, Letsas advierte, el TEDH ha invocado el margen de apreciación también para esconder la aplicación del principio de proporcionalidad[7]. En áreas de derechos denominados "privilegiados" por el TEDH, tales como privacidad o libertad de expresión, el tribunal suele referir que los estados gozan de un margen de apreciación para regular las materias concernientes a estos derechos, pero –al final– dicha invocación no pasa de ser un mero ejercicio retórico sin consecuencias prácticas para la decisión del asunto. En efecto, el TEDH aplica directamente el principio de proporcionalidad en dichos casos, analizando directamente la sustancia de la medida como si fuese una corte constitucional nacional más. Es decir, el TEDH no muestra ningún tipo de deferencia hacia los estados.

Es por ello necesario distinguir, cuando hablamos de margen de apreciación, entre el margen "estructural" y el puramente "retórico". Mientras el primero sí constituye una efectiva expresión de deferencia judicial, el segundo no. En efecto, el margen "retórico" no es otra cosa sino la aplicación del principio de proporcionalidad, por medio del cual el TEDH efectúa una revisión de aspectos no sólo normativos sino también de mérito de la disposición impugnada. En ese sentido, el margen "retórico" no representa una instancia del margen de apreciación, sino todo lo contrario.

Cuando el TEDH dice en *Animal Defenders* que primero debe resolver el caso definiendo si el estado actuó dentro de su margen de apreciación y después dice que debe resolverlo por medio de la ponderación de los intereses en cuestión, incurre en una seria confusión conceptual. O aplica margen de apreciación, mostrando deferencia hacia los estados, o bien aplica proporcionalidad y directamente ejerce un tipo de revisión altamente intrusivo.

3. Proporcionalidad

Concepto y presupuestos

El fallo de *Animal Defenders* contiene un voto disidente redactado por los jueces Ziemele, Sajo, Kalaydjieva, Vucinic y de Gaetano. Esta disidencia critica fuertemente el voto de mayoría. La principal inquietud de este voto disidente es el quiebre de la línea jurisprudencial que el TEDH había adoptado previamente respecto de la compatibilidad de normas legales que prohibían en términos generales la emisión de publicidad de naturaleza política en televisión. En efecto, el TEDH decidió en el caso *VgT Verein*

4 *Schalk y Kopf con Austria*, Aplicación No 30.141/04, (TEDH, 22 Noviembre 2010), disponible en: http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc

5 *Lautsi y otros con Italia*, Aplicación No 30.814/06, (TEDH, 18 Marzo 2011), disponible en: http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc

6 Letsas, George (2006): "Two concepts of the margin of appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. N° 26, p. 706 (2006).

7 Id. at p. 706.

gegen Tierfabriken con Suiza[8] (2001) que dichas prohibiciones eran incompatibles con la libertad de expresión asegurada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Doce años más tarde el TEDH cambió de parecer y entendió que este tipo de prohibiciones generales eran plenamente compatibles con la libertad de expresión. En ese sentido, y con tono irónico, el voto de disidencia señaló que: “”Nos sentimos particularmente impactados por el hecho que cuando se compara la [presente decisión] con lo resuelto en el caso *VgT* (…) cabe concluir de forma indiscutida que una misma *prohibición general* de *publicidad política* (…) no es *necesaria* en el contexto de la sociedad democrática suiza, pero sí es proporcional y (…) *necesaria* en el contexto de la sociedad democrática del Reino Unido[9]”.

La disidencia tiene razón respecto al quiebre de la jurisprudencia del TEDH. La prohibición general de emitir publicidad de naturaleza política en períodos no eleccionarios contenida por la ley suiza era prácticamente idéntica a aquella impugnada por *Animal Defenders*. Asimismo, el peticionario en aquel caso fue también una ONG suiza a la cual se le impidió transmitir un aviso publicitario en defensa de los animales. Evidentemente, las circunstancias normativas y fácticas de ambos casos son muy similares. Entonces ¿por qué aquello que es proporcional para el Reino Unido fue desproporcionado para Suiza?

A pesar del tono manifestado por el voto de disidencia, creo que el problema no es puramente particular. Esto es, el problema radical no es sólo la decisión concreta votada por la mayoría del TEDH en *Animal Defenders*, sino el estándar de revisión aplicado para analizar el caso: el principio de proporcionalidad.

Todo análisis de proporcionalidad supone dos etapas fundamentales. Primero, determinar si la norma o el acto impugnado *infringen* un derecho fundamental y, luego, analizar si esa *infracción* es o no *justificada*. En este sentido, el criterio de justificación está dado por la ponderación de los intereses contrapuestos en el caso.

Una medida constituirá una *infracción* de un derecho si la norma o el acto impugnado impiden realizar cualquier actividad conceptualmente conectada de una u otra forma al derecho. Por ejemplo, la norma penal que prohíbe la producción, reproducción y tenencia de material pornográfico infantil es una *infracción* del derecho de libertad de expresión. Para determinar si esa *infracción* es *justificada*, las cortes deben analizar: (a) si la medida busca un propósito legítimo; (b) si la medida misma es adecuada al propósito buscado por la autoridad; y (c) si la medida es proporcional *stricto sensu*. Para definir (c), las cortes deben ponderar si los beneficios sociales que se originan con la medida que restringe derechos son mayores que los costos implicados en la restricción de garantías. Si ese beneficio social es mayor, entonces la norma es compatible con la constitución o con los tratados internacionales de derechos humanos. Si esos beneficios no son suficientes, entonces no serán compatibles. Todo dependerá, pues, del resultado neto de la operación.

El criterio de revisión proporcionalista de derechos recién referido asume tres supuestos: (a) que los derechos carecen de entidad normativa *in abstracto*; (b) que no existen derechos que representen *absolutos morales* y (c) que los derechos e intereses públicos son conmensurables o técnicamente comparables entre sí. Estos tres supuestos hacen posible la empresa de la proporcionalidad. En efecto, en la medida que los derechos carecen de un contenido específico es posible acomodarlos con otros intereses contrapuestos por medio de un acto de optimización. En esta optimización o ponderación de derechos, ningún derecho tiene primacía conceptual sobre el otro y, por tanto, no se conciben derechos que puedan representar “absolutos morales”. Por último, el *balancing test* o ponderación de derechos sólo podrá ser posible en la medida que los derechos e intereses sean todos perfectamente conmensurables, esto es, medibles.

8 *VgT Verein gegen Tierfabriken con Suiza*, Aplicación No. 24.699/94, (TEDH, 28 Junio 2001), disponible en: http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc

9 *Animal Defenders International*…, voto disidente de los Jueces Ziemele, Sajo, Kalaydjieva, Vucinic y de Gaetano, párrafo 1°.

3.1. Crítica a la proporcionalidad: incoherencia

Los supuestos asumidos por los seguidores del modelo proporcionalista de derechos son equivocados y generan complejas consecuencias para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En cuanto a la naturaleza de los derechos fundamentales, es necesario señalar que existen ciertos derechos que representan "absolutos morales" que no pueden ser violados de ninguna forma; esto es, no pueden ser objeto de una *infracción justificada*. En ese sentido, no existe justificación alguna para exterminar poblaciones inocentes por medio de genocidios directamente planificados por el estado, ni para aplicar torturas (incluso a terroristas) o bien para esclavizar sectores de la población. Dichas prohibiciones representan absolutos que no pueden ser sujetos a ningún tipo de *balancing* y, por tanto, no pueden servir como medio para la optimización de intereses que pudieran aparecer como antagónicos, tales como una errada concepción de la seguridad nacional.

Por otro lado, si los derechos carecen de significado y, por tanto, todos son susceptibles de ser optimizados por el juez, entonces no tiene ningún sentido generar una teoría general de derechos humanos. Los derechos humanos no serían más que artificios retóricos que ofrecerían a las partes y al juez una terminología formal para centrar la discusión, pero nada más que eso. Ellos no ofrecerían criterio sustantivo alguno para resolver casos. Esta visión atenta directamente contra la concepción misma de los derechos humanos, cuya existencia no puede ser sacrificada para promover otro tipo de intereses.

Por último, el problema central del modelo proporcionalista es la ausencia de criterios uniformes que permitan hacer mensurable los intereses a ponderar. En efecto, no existe una escala técnica que permita "pesar" intereses. Por ejemplo, y en el contexto de *Animal Defenders*, ¿Qué criterios utilizará el juez para definir una medida común aplicable tanto a la libertad de expresión como al interés público que existe en que se preserve la independencia del proceso político? ¿Qué unidad métrica podría utilizar para calcular la "gravedad" de la restricción de derechos? ¿Cómo anticipar de forma real los efectos de la restricción de derechos en el futuro?[10] En relación con este punto, Timothy Endicott afirma que si bien es perfectamente posible calificar la importancia de un interés como serio, importante o trivial, es imposible definir la magnitud de los intereses sujetos a *balancing* en unidades equivalentes que permitan proceder al pesaje respectivo[11]. Hablar de ponderación es, tal como lo indicaba el Juez Antonin Scalia, el equivalente a definir "si la longitud de una línea determinada es más larga que lo pesado que pueda ser una piedra"[12]. Simplemente, no existen términos comunes de comparación.

Sin embargo, y tal como ocurrió en *Animal Defenders*, es posible apreciar que las cortes, a pesar de la ausencia de criterios objetivos para aplicar el *balancing test*, igualmente proceden a ponderar intereses. En estos casos, los jueces deciden de acuerdo a sus propias convicciones subjetivas debido a la carencia de un estándar operativo para mensurar. En la práctica, los jueces aplican sus convicciones sustantivas de fondo y velan dichas convicciones a través de la utilización de la proporcionalidad. Este fenómeno es denominado "racionalización" por John Finnis[13]. Por medio de la protección que provee la proporcionalidad, los jueces proceden a racionalizar intuiciones o concepciones sustantivas personales.

Debido al fenómeno de la racionalización, es posible entender porque las cortes, aplicando el principio de proporcionalidad en casos muy similares, pueden llegar a consecuencias muy disímiles. Es por ello que el TEDH concluyó que la prohibición general de avisos publicitarios de naturaleza política era desproporcionada en el caso suizo, pero perfectamente proporcional en el caso británico.

---

10 Jestaedt, Matthias (2012) "The doctrine of balancing – Its strengths and weaknesses", en Klatt, Matthias (edit.), *Institutionalized reason: The jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford, OUP) p. 164.

11 Endicott, Timothy (2013): "Proportionality and incommensurability" Disponible en: http://papers.ssrn.com/abstract=2086622, p. 7.

12 *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises*, 486 U.S. 888, 897 (1988) (Scalia, voto concurrente).

13 Finnis, John (1983) *Fundamentals of ethics*. Washington D.C, Georgetown University Press, p. 95.

Lo que movió al TEDH a resolver ambos casos de forma distinta no fue la variación en la entidad del impacto producido por la restricción en uno u otro caso, sino específicas cuestiones de fondo que los jueces "racionalizaron" por medio de la proporcionalidad. Y el criterio racionalizado por la mayoría en *Animal Defenders* parece ser advertido muy subrepticiamente por el voto de disidencia: el TEDH necesitaba mejorar su relación con el Reino Unido. Luego, la línea jurisprudencial debía cambiar para este caso concreto.

Por último, la ausencia de estándares para ponderar intereses y el fenómeno de la racionalización producen un problema institucional al sistema internacional de derechos humanos. Si la ponderación de derechos e intereses no es posible debido a la falta de un criterio común de medición, entonces los jueces carecen de una orientación específica para resolver casos. Esa ausencia de criterio convierte la discrecionalidad judicial en ley. Si el lenguaje de los derechos no es más que un mero instrumento retórico moldeable de acuerdo a los criterios discrecionales del juez, entonces las normas de derecho internacional como las convenciones de derechos humanos pierden todo valor normativo.

La señalada circunstancia produce un efecto altamente complejo: priva a las cortes internacionales de derechos humanos de algún tipo de criterio sustantivo para resolver. Esto constituye un grave problema desde la perspectiva del *rule of law*; en efecto, si el juez busca "ponderar" intereses sin ningún tipo de criterio (dada la inconmensurabilidad de los intereses en cuestión), entonces lo que hace es imponer sus propias apreciaciones subjetivas sin sujetarse a ningún otro estándar. Desde esa perspectiva se violenta uno de los aspectos básicos de la *desiderata* de la moral interna del derecho planteada por Lon Fuller: que exista congruencia entre los criterios de resolución de casos propuestos por el texto de la ley positiva y su aplicación por parte de los magistrados[14]. Si los jueces consideran el texto de las convenciones internacionales como meros sitios retóricos sin impacto alguno al momento del *balancing*, entonces el juez se encuentra sin criterio alguno para resolver, salvo sus propias intuiciones personales.

En ese sentido, la proporcionalidad permite el ejercicio casi ilimitado de la discrecionalidad por parte del juez internacional. En ese contexto, no es de extrañar que los jueces puedan cambiar precedentes ya definidos previamente –como ocurrió en *Animal Defenders*– racionalizando argumentos sustantivos por medio de la aplicación del *balancing test*. Esto termina planteando serios problemas de legitimidad al modelo proporcionalista de derechos. Es un serio problema que los jueces, aplicando la proporcionalidad, "velen" las verdaderas razones por las cuales deciden. Ello impide la discusión posterior y resta legitimidad al proceso de adopción de decisiones del tribunal que emplea la proporcionalidad. De hecho, el voto disidente de *Animal Defenders* que se refirió previamente parece esbozar esa crítica a la opción de la mayoría.

4. Conclusión

Sin entrar a considerar la sustancia de la decisión del TEDH, la sentencia *Animal Defenders* exhibe los principales problemas conceptuales propios de la aproximación proporcionalista de los derechos humanos. En ese sentido, la amplia discrecionalidad que el *balancing test* provee a los jueces internacionales es problemática por cuanto crea incentivos para que los tribunales –racionalizando por medio de la proporcionalidad todo tipo de argumentos de fondo– puedan dejar sin efecto sus propios precedentes sin explicar suficientemente las razones de aquello. Esto, sin duda, constituye un problema desde la perspectiva de los principios del *rule of law*, a los cuales se encuentran vinculados tanto jueces nacionales como internacionales.

14 Fuller, Lon (1969) *The morality of law.* New Haven, Yale University Press, segunda edición, p. 81.

AUTOR

Méryl Thiel

Doctora en Derecho Público por la Universidad de Niza, Francia (2013). Máster en Ciencias Políticas y Derecho. Licenciada en Sociología y Derecho. Actualmente profesora visitante en el Instituto de Estudios Internacionales de Santiago de Chile.

LA ACTIO POPULARIS ESTATAL EN EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

ESTUDIO DE LAS SENTENCIAS DS27 CE-BANANO III (1996-2012) Y DS306 INDIA - MEDIDA ANTIDUMPING SOBRE LAS BATERÍAS PROCEDENTES DE BANGLADESH (2004-2006)*

Introducción

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) define la *actio popularis* como aquella reclamación que puede ser exigida por cualquier miembro de una comunidad determinada para defender un interés público[1]. Tal definición parece insuficiente y puede llevar a una percepción errónea del problema[2]. En realidad, es difícil definir tal concepto en teoría, así como es difícil delimitarlo en la práctica. Por eso, F. Voeffray propone otra definición del concepto que voy a utilizar como punto de partida.

La *actio popularis* es una acción judicial que todo miembro de una comunidad puede utilizar con la finalidad de proteger un interés total o parcialmente común[3]. En Derecho Romano Antiguo, la *actio popularis* se refería a una acción emprendida por los ciudadanos para apoyar la de otro ciudadano cuando hubiere un interés común en un caso en el que tenían cierto interés[4]. En el ámbito internacional, los estados son los agentes principales, así que, para calificar una acción judicial de *actio popularis*, se plantea el problema del interés estatal y de la fuerza obligatoria de las sentencias internacionales. En el ámbito internacional no existe un sistema jurídico universal que obligue a todos los estados. Además, según el concepto realista de las relaciones internacionales, los estados emprenden acciones solamente para defender sus

* Esta ponencia fue presentada en el Coloquio de Derecho Internacional Público organizado por la U. Católica de Santiago de Chile, los días 10 y 11 de septiembre de 2013. A partir de los debates y argumentos de los demás participantes, este artículo se propone elaborar una hipótesis sobre el futuro del *actio popularis* en la OMC.
Este artículo fue publicado en *Revista Internacional del mundo económico y del derecho,* Madrid, VI (2013), pp. 13-36.

1 *Liberia vs. South África* (1966), Informe de la CIJ 1966, p. 4.

2 Voeffray, F. (2004). *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales.* Paris: PUF. p. 38.

3 *Idem.*

4 Hsiung, J. C. (2004). Anarchy, Hierarchy and Actio popularis: An International Governance Perspective, Paper delivery on the Panel on "Hegemony, Hierarchy and International Order", The ISA Annual Meeting, Montreal, Canada, Abril 2004 p. 11 [Documento WWW], URL: http://www.allacademic.com/

propios intereses[5]. De este modo, el concepto de *actio popularis* parece difícil de llevar a la práctica cuando se dan controversias estatales. Sin embargo, existe una aplicación que forma parte del Derecho Internacional Público según la cual, en primer lugar, los intereses de los estados pueden ser convergentes y, en segundo lugar, el sistema de sanción se basa en la conciliación y concierne a toda la comunidad pluriestatal: se trata del Derecho internacional económico[6] que se aplica en la Organización Mundial de Comercio (OMC).

La OMC fue establecida para fortalecer la economía mundial[7] y armonizar el comercio internacional. Fue creada para "[constituir] el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo»[8]. Así, su objetivo consiste en: "[facilitar] la aplicación, administración y funcionamiento del presente Acuerdo y (…) [entre otros] del Entendimiento sobre Solución de Diferencias"»[9].

Teniendo en cuenta la naturaleza misma del comercio, cuando un estado se ve afectado por una medida de otro estado que viola una disposición de los acuerdos de la OMC, toda la comunidad de estados puede verse afectada. En la OMC, son los miembros los que ostentan el poder, por eso, la idea de "comunidad", según la definición de F. Voeffray, se asemeja a la noción de "multilateralismo estatal", tal y como se puede desprender de los artículos 22[10] y 23[11] del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD). Es decir, que los estados miembros deben interactuar entre sí. Los actores privados no tienen aquí un papel predeterminado. Desde esta perspectiva, no sólo nos planteamos la cuestión de la práctica de la *actio popularis* en la OMC, sino que también nos planteamos la de la *actio popularis* pluriestatal en general. Para que se emprenda una *actio popularis*, los estados deben recurrir a una jurisdicción cuyas sentencias se opongan a todos los agentes. En el sistema jurídico de la OMC, las decisiones del OSD se aplican a todos los miembros de la organización. Por ello, el papel de los actores privados en el OSD y su posible *actio popularis* aquí no es relevante. Así pues, consideramos que se trata de *actio popularis* estatal. Si bien el concepto de *actio popularis* ya existe en el artículo 10 del ESD y se puede aplicar a los estados no partes en un caso, las partes reclamantes se encuentran en una situación muy distinta. La única posibilidad de plantearse una *actio popularis* pluriestatal se desprende del artículo 9 del ESD, que regula el procedimiento aplicable en caso de que existan varias partes reclamantes. Por consiguiente, los textos no regulan la cuestión de la *actio popularis* emprendida por las partes reclamantes, sino que dejan un espacio muy amplio para la interpretación jurisprudencial.

El 5 de febrero de 1996, un año después de la creación de la OMC con los Acuerdos de Marrakech, el Órgano de Soluciones de Diferencias de la OMC, planteaba la cuestión de la *actio popularis* para las partes reclamantes con el caso *DS27 CE-Banano III* gracias a la solicitud de los Estados Unidos, que se concluyó en 2012. Antes

5 Consultar principalmente: Batistella, D. (2012). *Théorie des relations internationales*. Paris: Presses de Sciences Po. p. 129 y ss. Dussouy, G. (2007). *Traité de relations internationales: Tome 2, Les théories de l'interétatique.* Paris: L'Harmattan, p. 50 y ss.

6 Consultar especialemente: Carreau, D. y Juillard, P. (2010). *Droit international économique*. Paris: Dalloz, p. 60 y ss. Weil, P. (1972). "Le droit international économique – mythe ou réalité?" En S*FDI Colloque d'Orléans mai 1971 – Aspects du droit international économique Elaboration-Contrôle-Sanction*. Paris : Pédone, 1-66.

7 Artículo 1 de la Declaración de Marrakech.

8 Para un estudio del artículo II.1 del Acuerdo de Marrakech, cf. LUFF D., *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce – analyse critique*, Paris, L.G.D.J., 2004, nota a pie de página nº1.

9 Para consultar los artículos del III.1 hasta el .4, del Acuerdo de Marrakech, cf. LUFF D., *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce – analyse critique*, Bruselas, Bruylant, 2004, notas a pie de página de la 2 a la 4.

10 Artículo 22.1 y 22.2 del ESD: "La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir […]. Sin embargo, ni la compensación, ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados. La compensación es voluntaria (pero) aceptable".

11 El artículo 23 del ESD se titula: "Fortalecimiento del sistema multilateral".

de dicha conclusión, de 2004 a 2006, la controversia *DS306 India-Antidumping* planteó implícitamente la misma cuestión. De este modo, más que un problema teórico aislado, la cuestión de la *actio popularis* estatal para las partes reclamantes en la OMC se plantea como la evolución hacia una cuestión práctica. Si bien la sentencia *DS27 CE-Banano III* sirve como un punto de partida, el estudio de la sentencia *DS306 India-Antidumping* nos permite ponerla en perspectiva.

Puesto que la *actio popularis* implica la defensa de un interés común, por parte de algunos miembros de una comunidad, frente a una jurisdicción para constatar y sancionar la violación de una norma, dos conceptos deben guiar el estudio de las sentencias *DS27 CE-Banano III* y *DS306 India-Antidumping*: la comunidad y el interés común. En la OMC, cuando hablamos de "comunidad de estados", solemos pensar en una agrupación pluriestatal con una organización jerárquica. Es decir, que cada estado tiene un nivel económico y comercial diferente del que depende su papel dentro de la comunidad. Así, la idea de comunidad está vinculada a la de organización y a la de estructura. En una comunidad, se necesita un corpus de reglas. Por interés común, estamos de acuerdo sobre "lo que importa" y "lo que vale la pena defender". Desde este punto de vista, el interés común se puede concebir como el punto de encuentro de los intereses estatales. El interés común permite a una comunidad avanzar y fortalecer los vínculos entre sus miembros.

Aunque estos conceptos tengan un alcance importante y sean la base de la *actio popularis*, no son conceptos jurídicos, sino conceptos políticos que se expresan en las distintas jurisprudencias. Así, la *actio popularis* no tiene juridicidad[12] por definición, pero la particularidad del derecho de la OMC, que es flexible y que da prioridad a lo individual[13], permite plantear una jurisdiccionalización[14] de la *actio popularis*, es decir, plantear el papel de la jurisprudencia en la construcción de su dimensión jurídica. Además, puesto que el propio funcionamiento del OSD está basado en las negociaciones, tal práctica implica la posibilidad de una modificación de la jurisprudencia de la OMC a través de mecanismos políticos.

El procedimiento jurídico en las dos sentencias y la definición de F. Voeffray nos invitan a estudiar la dificultad a la hora de otorgar una "juridicidad" de la *actio popularis* pluriestatal para las partes reclamantes en la OMC (II), aunque su jurisdiccionalización sea posible (III).

La difícil juridicidad de la actio popularis en la OMC para las partes reclamantes

En el estudio de las sentencias *DS27 CE-Banano III* y *DS306 India-Antidumping* la idea de comunidad debe ser entendida a través de los argumentos de las partes reclamantes. En la primera sentencia, se pueden interpretar como precursores de la idea de comunidad (1), mientras que en la segunda permiten fortalecer la idea de comunidad aplicada por paralelismo a un grupo de estados[15] (2).

La sentencia DS27 CE-Banano III: la aparición de la idea de comunidad

El 28 de septiembre de 1995, en el OSD, Guatemala, Honduras, México y Estados Unidos for-

12 "Carácter de lo que depende del derecho, por oposición a la costumbres, a la moral". En Cornu, G. (1995). *Vocabulario jurídico*. Bogotá.

13 Weil, P. *op. cit.* p. 1.

14 "Neologismo formado siguiendo jurisdiccional y jurisdicción. Procedimiento que consiste en atribuirles a actos que ordinariamente no lo implicarían, la calificación de acto jurisdiccional", En Cornu, G. *op. cit*.

15 En mi tesis doctoral, elaboré tres criterios para definir un Grupo de Estados y asimismo subrayar la singularidad de este concepto: Thiel, M. (2013). *Les Groupes d Etats et l'Organisation Mondiale du Commerce*, (tesis doctoral no editada), Institut du droit, de la paix et du développement, Niza, Francia.
Primero, aunque los miembros de un Grupo no tengan ningún vínculo jurídico, sí que comparten muchos intereses. Segundo, los Grupos han sido creados para perdurar e influir en la construcción del derecho internacional. Tercero, tienen como objetivo luchar para que las relaciones comerciales sean más equilibradas.

mularon una solicitud de consulta a la Comunidad Europea (CE) relativa a los bananos. El 5 de febrero de 1996, cuando Ecuador entró a formar parte de la OMC y decidió unirse a los cuatro países iniciales, hubo que presentar una nueva solicitud de celebración de consultas.

Según los reclamantes, el régimen de la CE para la importación, venta y distribución de bananos es incompatible con los artículos I y siguientes, así como los artículos X y siguientes del GATT de 1994. Además serían incompatibles igualmente con las disposiciones de los Acuerdos sobre la Licencias de Importación, Agricultura, Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el comercio (MIC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Las partes reclamantes solicitaban la conformidad, por parte de la CE, con los Acuerdos de la OMC. Es decir, que querían que se reconsiderase el Convenio de Lomé, en el que se establecían preferencias comerciales entre la CE y los países ACP[16]. En 1993, la CE decidió proteger su propia producción de banana, estableciendo una relación preferencial entre los países ACP (de los cuales la mayoría son territorios europeos o antiguas colonias europeas) y el bloque europeo. Ahora bien, el clima en la región del Caribe, o por lo menos en el norte de América Latina y América Central, es muy similar al de los países ACP, por lo que el cultivo del banano puede darse en estas dos regiones y ambas quieren exportar sus bananos. El acuerdo de preferencia entre la CE y los ACP supone, sin embargo, un freno para la exportación de banano de los países de América Latina. De este modo, la preferencia comercial de la CE por los países ACP suscita un clima de competencia ardua entre los países ACP y los de América Latina con respecto a la CE[17]. Si bien los países ACP pueden recurrir al Convenio de Lomé para regular sus intercambios con la CE, los países de América Latina no cuentan con ningún acuerdo preferencial. En este contexto, el OSD de la OMC se presenta como la única posibilidad para equilibrar la situación.

Hemos de tener en cuenta que existe una cierta unidad geográfica y cultural entre las partes reclamantes: Guatemala, Honduras, Ecuador y México. Sin embargo, no todos tienen el mismo nivel de desarrollo ni la misma política comercial. Esta agrupación de países de América Latina reúne, de este modo, los elementos que definen a una comunidad. Partiendo de esta base, trataremos la cuestión de la "comunidad latinoamericana". La presencia de los Estados Unidos como parte reclamante, al no formar parte de la comunidad latinoamericana, resulta por lo tanto muy sorprendente. Sin embargo, las partes reclamantes latinoamericanas consideran que la presencia de Estados Unidos tiene una cierta legitimidad y, sobre todo, carácter legal: la "cláusula jurisdiccional del artículo XXIII del GATT de 1994 se aplica específicamente a todos los Miembros de la OMC". Además, el derecho de la OMC autoriza la acción por parte de Estados Unidos: el párrafo 2 del artículo 3 del ESD indica concretamente que el sistema de solución de diferencias de la OMC "sirve para preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados"[18]. Los motivos de Estados Unidos para convertirse en una de las partes reclamantes son, en cierta medida, iguales a los de la comunidad latinoamericana: las preferencias comerciales

16 Consultar: Diouf, E.H.A. (2010). *Essai d'interprétation de l'Article XXIV du GATT :Taux et délais d'ouverture des marches dans les APE entre l'UE et les pays ACP. Etudes analytiques*, Agence Africaine pour le Commerce et le Développement, Ginebra, p. 34. Griffith-Jones, S. (1993). *Economic integration in Europe: Implications for developing Countries. En D. Glover y D.Tussie (dir.) The developing Countries in World Trade – Policies and Bargaining Strategies*. London: Lynne Rienner Publishers, pp. 33-51. Sobre las fuentes legales; COM (2004) 823 final, de 2004.

17 Después de casi diez años de proceso judicial, la UE y los países de América Latina han decidido concluir un acuerdo que establece una reducción de los aranceles: en vez de 176 euros/tonelada, en 2017 pasarán a 114 euros/tonelada. Para evitar fragilizar la situación de los países ACP y desequilibrar la relación comercial entre éstos y la UE, la Comisión Europea decidió ofrecer una ayuda de 200 millones de euros. Para un estudio del cambio de política comercial de la UE y sus implicaciones en la OMC, ver la iniciativa "todo menos armas".

18 Informe del Órgano de Apelación - *CE - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (CE-Banano III)*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 9 de septiembre de 1997, §90.

que la CE estableció con los ACP constituyen un freno al libre comercio. De esta manera, en cierto modo, se está creando otro tipo de comunidad: Estados Unidos no forma parte de la comunidad latinoamericana, sino de la "comunidad del banano".

Dentro de la *comunidad del banano*, EEUU ejerce un liderazgo económico y político[19] que debe ser entendido como un apoyo a la comunidad latinoamericana. La aceptación de la presencia de los Estados Unidos por parte de las otras partes reclamantes corresponde a la interpretación del derecho de la organización, es decir, que la comunidad latinoamericana utiliza un vacío jurídico para asegurarse de que cuenta con un apoyo político estratégico que le permitirá contrarrestar la acción de la CE. El 22 de mayo de 1997, el Grupo Especial constató que el régimen practicado por la CE es efectivamente incompatible con los Acuerdos de la OMC. Además, constató que el Convenio de Lomé es obviamente incompatible con las disposiciones del GATT de 1994, pero no con el Acuerdo de Licencias para la Importación. El 11 de junio de 1997, la CE notificó su decisión: el Órgano de Apelación confirmó en gran medida las conclusiones del Grupo Especial.

El caso hubiera podido concluirse de esta forma. Sin embargo, la acción de Estados Unidos (principalmente) provocó una proliferación de los arbitrajes. En 2001, al principio de la Ronda de Doha y después de las negociaciones entre Ecuador, Estados Unidos y la UE, esta última había adoptado el reglamento 2587/2001 para integrar las disposiciones de los Entendimientos sobre el Banano y la extensión de Doha. Según estas disposiciones, los bananos ACP podían ser importados por la UE en régimen de franquicia arancelaria hasta el año 2007. En enero de 2005, después de algunos meses de negociaciones con los países proveedores de bananos (excepto los ACP), la UE anunció a la OMC el nuevo arancel que se aplicaría al banano[20]. En marzo, varios países de América Latina solicitaron un arbitraje en el marco del litigio *CE-Banano* y, en septiembre, la UE modificó de nuevo su política arancelaria, respondiendo de este modo a las expectativas de los países de la comunidad del banano[21]. En 2007, Estados Unidos solicitó que se estableciese un Grupo Especial sobre el cumplimiento de conformidad. En enero de 2008, el régimen comercial entre la UE y los ACP ya respetaba las disposiciones del artículo XXIV del GATT de 1994, según la UE. Sin embargo, un año después, el OSD adoptó los informes relativos a las reclamaciones de Estados Unidos.

En enero de 2009, la CE informó al OSD de su intención ajustarse a sus recomendaciones y resoluciones y modificó los compromisos arancelarios sobre los bananos que figuraban en su Lista[22]. A finales del mismo año, en diciembre, durante la reunión del OSD, la Unión Europea (UE)[23] notificó al OSD que había alcanzado un acuerdo histórico con los proveedores de banano de América Latina. Así, el caso se zanjó el 8 de noviembre de 2012 con una resolución de mutuo acuerdo, claramente orientada por Estados Unidos y el papel que éste desempeña en la "comunidad del banano". Por consiguiente, la idea de la comunidad

19 Charlier, C. y Rainelli, M. (2009). *Politique commerciale et recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Le cas des Etats-Unis*. Revue internationale de droit économique 23 (3), 253-276.

20 230 euros / tonelada.

21 187euros / tonelada.

22 Notificación de solución mutuamente convenida, *CE - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/98, adoptado el 8 de noviembre de 2012.

23 El 25 de marzo de 1957 el Tratado de Roma estableció la creación, para un período de duración determinada, de la Comunidad Económica Europea (CEE) que tiene como objetivo establecer un mercado común entre Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y la República Federal Alemana.
El Tratado de Maastricht, que funda la Unión Europea y establece su estructura en «tres pilares», entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. En él, además, la CEE pasa a convertirse en la Comunidad Europea (CE).
El Tratado de Ámsterdam de 1997 modificará las competencias de la UE y de la CE. Sin embargo, todavía al día de hoy, la UE es una entidad que cambia continuamente de forma: el 1 de julio de 2013, Croacia se convirtió en su 28º miembro.
Para más información sobre la creación de la UE, se recomienda consultar: Favret, J.-M. (2013). *L'essentiel de l'Union Européenne 2013-2014. Ses institutions et son droit*. Paris: Gualino. Ver también: Lang, B. y Lang, F. (2007). *101 Fiches pour comprendre l'Europe*. Paris: Belin.

que integran las partes reclamantes ya se esboza en la sentencia DS27, que se presenta como una referencia para la práctica de la *actio popularis* en la OMC. Sin embargo, la idea de comunidad no se acabará forjando hasta que se dicte la sentencia *DS306 India-Antidumping*.

La sentencia DS306 India-Antidumping: el fortalecimiento de la idea de comunidad

La sentencia que opone Bangladesh a la India se interpreta como una acción posible por parte de la comunidad de los Países Menos Adelantados (PMA). Dos argumentos justifican tal interpretación: en primer lugar, Bangladesh pertenece a tal comunidad y, en segundo lugar, ésta es la primera vez que un PMA emprende una acción judicial ante el OSD[24].

Si examinamos ambos argumentos, la primera línea del análisis tiene que ver con el hecho de que Bangladesh pertenezca al grupo consultivo de los PMA[25], que es una comunidad más reducida que la multilateral de la OMC. Paralelamente a la Ronda de Tokio del GATT[26], las Naciones Unidades han establecido una lista de los PMA para facilitar su integración en el comercio internacional. Asimismo, la OMC fue creada precisamente con el objetivo de poder tener en cuenta las dificultades de esta categoría de países, integrando disposiciones derogatorias a los acuerdos durante algunos años. Al establecer una fecha límite para el período de validez de tales disposiciones, los redactores pretendían regular la situación de los PMA[27] y, de este modo, equilibrar las relaciones comerciales internacionales. A pesar de que la intención inicial fuese buena, el resultado no lo fue: las necesidades de los PMA no se tuvieron suficientemente en cuenta. A raíz de ello, esta categoría de estados aprovechó la Ronda de Seattle para formar un grupo pluriestatal, cuyo cometido consistiría en colmar las lagunas existentes en los acuerdos de la OMC. Sin embargo, no se debe confundir el grupo de los PMA y la categoría de los PMA[28]: el grupo está más institucionalizado y se pronuncia de concierto en las negociaciones. Es el fruto de la voluntad de los estados de que se les considere PMA y, en función de ello, agruparse y actuar de manera concertada. En cambio, la categoría de los PMA es el resultado de la voluntad por parte de las Naciones Unidas de clasificar y organizar el sistema internacional. Cada PMA tiene un nivel específico de desarrollo económico y político, así que la categoría de los PMA se puede considerar heterogénea. Tal característica se puede aplicar también al grupo consultivo. Sin embargo, al ser el fruto de una voluntad común, a diferencia de la categoría de los PMA, la heterogeneidad existente entre PMA se traduce en una jerarquización entre sus miembros, lo que le hace asemejarse a una comunidad pluriestatal. Por consiguiente, además de ser miembro de un grupo y de una categoría, Bangladesh pertenece a una comunidad.

La segunda línea de análisis tiene que ver con el alcance de la solicitud de consulta presentada por Bangladesh. El 28 de enero de 2004, por primera vez desde la creación de la OMC[29], un PMA (Bangladesh) solicitaba la celebración de consultas[30]. Si bien a algunos países en desarrollo

24 Taslim, M.A. (2006). *Dispute Settlement in the WTO and the Least Developed Countries: the Case of India's Antidumping Duties on Lead Acid Batteries Import from Bangladesh.* [Documento WWW]. Recuperado el 28 de agosto de 2013. URL: http://www.ictsd.org/

25 http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/negotiating_groups_f.htm

26 Winham, G.R. (1986). *International Trade and the Tokyo Round Negotiation*. Princeton: Princeton University Press.

27 El grupo de los PMA está compuesto por 49 países que representan menos del 1% del comercio global y cuyo comercio mundial de servicios equivale a menos de medio punto (o sea, 0,44% en 2008).

28 A pesar de que la categoría de los PMA fue creada en 1971, en la década de 1990 se establecieron nuevos criterios de identificación: Asamblea General de las Naciones Unidas, resoluciones nº 46/206 y A/RES/49/133.

29 Cabe señalar que Bangladesh es el primer PMA que solicita consultas y que consigue poner en funcionamiento el OSD.

30 Sobre la integración de los PED y PMA en el OSD, consultar especialmente: Shaffer, G. (2006). Julio 2006. [Documento WWW]. Recuperado el 22 de octubre de 2013. URL: http://papers.ssrn.com/
Taslim, M. A. (2011). How the DSU worked for Bangladesh: the fist least developed country to bring a WTO

(PED) les hubiera gustado hacerlo antes, ningún PMA lo hizo por falta de capacidad técnica y financiera[31]. Concretamente, Bangladesh solicitó la celebración de consultas con la India, uno de los países emergentes con mayor influencia en la OMC, sobre una medida *antidumping*[32] relativa a las baterías de plomo. Bangladesh se basó en los artículos I y siguientes, VI y XXIII del GATT de 1994, considerando que tal medida era incompatible con los artículos más importantes del Acuerdo *Antidumping*, es decir, que según los argumentos de Bangladesh, India rompió el equilibrio comercial que permitía a este PMA exportar sus baterías. De este modo Bangladesh quiere que se anulen tales medidas para que se restablezca un equilibrio en las relaciones comerciales internacionales, o por lo menos en las bilaterales. Las relaciones comerciales entre Bangladesh e India son muy importantes[33] y tal conflicto podría fragilizarlas, implicando un colapso de la ya tan debilitada economía de Bangladesh. Esta debilidad de Bangladesh supone que, para defender sus intereses, resulta más fácil solicitar consultas dentro de una comunidad o apoyado por una comunidad. Teniendo en cuenta tales razones económicas y financieras, este caso se resolvió rápidamente a través de una resolución de mutuo acuerdo entre las partes reclamantes. No se creó ningún Grupo Especial para la ocasión, ya que todo se resolvió gracias a las negociaciones y basándose en las disposiciones de los artículos 3.3 y 3.7 del ESD, donde se estipula que la resolución de mutuo acuerdo siempre es "más que preferible".

Si bien es cierto que en la OMC las negociaciones son preponderantes, hay una parte que es más opaca: el modo en el que se desarrollan las consultas. El artículo 4 del ESD regula la fase de consulta indicando, en su párrafo 2, que "cada miembro se compromete a examinar con comprensión las representaciones que pueda formularle otro miembro con respecto a medidas adoptadas dentro de su territorio que afecten al funcionamiento de cualquier acuerdo abarcado y brindará oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones". Esto significa que no hay ninguna reglamentación sobre cómo se deben desarrollar las consultas, así que cada miembro puede usar argumentos comerciales y/o políticos decisivos para el porvenir de las relaciones comerciales bilaterales entre las dos partes reclamantes. En otras palabras, durante esta etapa, el miembro que tiene mayor poder económico puede "atemorizar", es decir, utilizar argumentos económicos para influir en la acción del otro miembro. Por consiguiente, como no existe ninguna reglamentación sobre esta etapa y, como es cierto que hay juegos de influencia entre los miembros de la OMC, para aquellos miembros que tienen una economía débil como Bangladesh o para los países de América Latina de la "comunidad del banano", es más fácil emprender acciones dentro de una comunidad o, por lo menos, apoyado por una comunidad. Esto le supone fortalecer su posición como grupo y dejar que uno de los miembros la defiendan. Así, se gana en eficacia y en seguridad.

Teniendo en cuenta ambos elementos, podríamos interpretar esta sentencia como un caso que reúne a toda la comunidad de los PMA pero que está representada por Bangladesh en el OSD, lo que implica que la práctica de la *actio popularis* por parte de las partes reclamantes también es posible fuera del caso *CE-Banano*, aunque todavía no se haya reconocido jurídicamente.

La existencia de la *actio popularis* implica la acción de una comunidad, pero no se trata de una idea política, sino jurídica. De este modo, el hecho de demostrar que este tipo de acción puede darse implica, al mismo tiempo, demostrar la difícil juridicidad de la *actio popularis*. Sin embargo,

claim. En Melendez-Ortiz, R. y Shaffer, G. C. *Dispute Settlement at the WTO – The developing Country Experience*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 230-247.

31 Canal-Forgues, E. (2004). *Le règlement des différends à l'OMC*. Bruxelles: Bruylant.

32 El artículo 2 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del *Acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio* de 1994 se titula "Determinación de la existencia de *dumping*".

33 Taslim, M. A. (2006). *Dispute Settlement in the WTO and the Least Developed Countries: the Case of India's Antidumping Duties on Lead Acid Batteries Import from Bangladesh*. [Documento WWW]. Recuperado el 28 de agosto de 2013. URL: http://www.ictsd.org/

gracias al carácter prioritario de las negociaciones en el mecanismo de solución de controversias de la OMC y a los vacíos en los acuerdos de la OMC, se puede analizar la jurisprudencia más reciente del OSD como una prueba de una posible jurisdiccionalización de la *actio popularis*.

La posible jurisdiccionalización de la actio popularis en la OMC para las partes reclamantes

La idea del interés común es un corolario dentro del concepto de comunidad. Por ello, en el derecho de la OMC, los miembros se unen o se separan en función de sus intereses comunes, tanto en la Comunidad del Banano, como en la de los PMA. De este modo, cuando se puede identificar un interés común para la acción de los miembros de una comunidad y para la propia comunidad, ésta se convierte en una acción para y por parte de la comunidad. El ESD contiene dos tipos de disposiciones que permiten plantearse una posible jurisdiccionalización de la *actio popularis*: por un lado, el artículo 10, relativo a las terceras partes y, por otro, el artículo 9. Habida cuenta de la relación entre la comunidad y el interés común, así como las lagunas en los acuerdos de la organización y el papel de las negociaciones en la construcción de la jurisprudencia de la OMC, se podría establecer la hipótesis de una jurisdiccionalizacion de la *actio popularis*. En la sentencia *DS27 CE-Banano III*, el OSD optó por una interpretación amplia del artículo 10 del ESD, para diferenciarse de los terceros y plantear posibilidad de que las partes reclamantes pudiesen emprender una *actio popularis* (1). Del mismo modo, el análisis de la sentencia *DS306 India-Antidumping* permite interpretar ampliamente el artículo 9 del ESD y las conclusiones del informe del Órgano de Apelación de la sentencia *DS27 CE-Banano III* con vistas a una posible jurisdiccionalizacion de la práctica de la *actio popularis* (2).

1. La sentencia DS27 CE-Banano: una interpretación amplia del artículo 10 del ESD para el reconocimiento de la actio popularis por el Órgano de Apelación

Aquellos estados que no sean partes implicadas en un caso pero que deseen asociarse a otras durante las consultas, han de presentar su "interés comercial sustancial" en el caso. La CE basó sus argumentos en el valor de esta noción de "interés" utilizando tanto los artículos del ESD, como las sentencias internacionales.

El primer argumento de la CE para rechazar acusaciones de Estados Unidos se basa precisamente en el estatuto de los terceros, regulado por el Memorando, y en el vacío jurídico del mismo con respecto a "en cualidad de qué" actúan las partes reclamantes. La CE argumenta su razonamiento a partir de la exigencia de que exista un "interés común" para las terceras partes: de conformidad con el párrafo 2 del artículo 10 del ESD[34], los terceros deben tener un "interés sustancial" en el asunto sometido al grupo especial[35]. Además, cuando se trata de partes reclamantes, el artículo 4.11 del Memorándum indica que un estado que desea participar en consultas con una multitud de partes reclamantes debe tener un "interés comercial sustancial". Así pues, para la CE, el ESD no regula claramente el procedimiento para que exista una *actio popularis* emprendida por las partes reclamantes, mientras sí regula con respecto a los terceros.

El segundo argumento de la CE está basado en la jurisprudencia internacional: cita resoluciones de la CIJ y del Tribunal Permanente de Justicia

34 El §2 del artículo 10 del ESD estipula que "todo miembro que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial y así lo haya notificado al OSD (denominado en el presente Entendimiento "tercero") tendrá oportunidad de ser oído por el grupo especial y de presentar a éste comunicaciones por escrito. Esas comunicaciones se facilitarán también a las partes en la diferencia y se reflejarán en el informe del grupo especial".

35 Informe del Órgano de Apelación –*CE– Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (CE-Banano III)*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 9 de septiembre de 1997, §70 y siguientes.

Internacional en casos como *South West African Cases (Second Phase)* o el *Wimbledon case* que demuestran, para la CE, la exigencia de un "interés jurídico" para presentarse como parte reclamante, algo que EEUU no tiene según la CE. Sin embargo, aunque el razonamiento de la CE tenga cierta coherencia, no es lo bastante adecuado en este caso. Tanto el informe del Grupo Especial, como el del Órgano de Apelación, rechazan los argumentos de la CE: considera que las disposiciones jurídicas de la OMC, que exigen un "interés sustancial" o un "interés comercial sustancial" para participar en un caso, conciernen únicamente a las terceras partes, y no a las partes reclamantes. De este modo, las disposiciones del artículo 10 del ESD, según el Órgano de Apelación, no permiten concluir que las partes reclamantes deben presentar obligatoriamente un interés como en el caso de los terceros. Además, el Órgano de Apelación considera que las sentencias citadas por la CE no establecen la norma general que exigiese a la parte reclamante que tenga que justificar un "interés protegido jurídicamente" en todos los litigios internacionales para poder presentar una reclamación. Cabe señalar igualmente que, según el Órgano de Apelación, estas sentencias no niegan la necesidad de examinar la cuestión de "legitimación"[36] de un caso en la OMC. En otras palabras, los precedentes en la jurisprudencia internacional no sirven para construir el derecho de la OMC. Esta singularidad de la jurisdicción de la organización implica, paradójicamente, la posibilidad de plantearse una *actio popularis* en el OSD: la jurisprudencia de la OMC tiene sus propias reglas; tal autonomía es lo que le permite dotarse de creaciones jurídicas propias. Además, el artículo XXIII del GATT de 1994[37] subraya el amplio margen de discrecionalidad que puede utilizar un miembro de la OMC a la hora de decidir si se necesita solicitar consultas o no. En otras palabras, cualquier miembro de la organización puede tener un interés en cualquier caso, aunque no se vea directamente y/o explícitamente afectado. Esto podría considerarse una prueba de la importancia que tiene el multilateralismo en la OMC, que es precisamente uno de sus rasgos distintivos. El Órgano de Apelación examinó las acusaciones de Estados Unidos como productor de banano[38] alegando que podía verse perjudicado por las preferencias de las que se benefician la CE y los ACP puesto que, como mínimo, tienen un interés potencial en la exportación[39].

Del mismo modo, las partes reclamantes consideran que el alegato de Estados Unidos se puede justificar en el marco del GATT de 1994: EEUU es un país productor de banano y no podemos excluir su interés potencial en la exportación del mismo[40]. Según esta afirmación, el régimen del banano de la CE podría afectar al mercado interno de Estados Unidos. Las partes reclamantes y el Órgano de Apelación están de acuerdo con el Grupo Especial cuando afirma que: con el aumento de la interdependencia de la economía mundial, los miembros tienen un interés mayor en observar las normas de la OMC que en el pasado, ya que toda alteración de un equilibrio negociado de derechos y obligaciones probablemente les afectará ahora

36 *Ibid*. §132.

37 El §1 del artículo XXIII del GATT estipula que "en caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de (…) dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella".

Cabe señalar que este artículo debe analizarse respecto a las disposiciones del §7 del artículo 3 del ESD que estipula: "antes de presentar una reclamación, los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos. El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados (…)".

38 Para un análisis de la relación entre la UE y Estados Unidos en el ámbito de las relaciones comerciales del banano, y más concretamente, sobre el papel del *lobbying* que ejercen las empresas productoras de Banano en Estados Unidos, consultar: Cadot, O. y Webber, D. (2001). *Banana splits and slipping over banana skins: the European and the transatlantic politics of bananas*. [Documento WWW]. Recuperado el 22 de octubre de 2013. URL: http://cadmus.eui.eu/

39 Informe del Órgano de Apelación, *op. cit.* §130.

40 *Ibid.* §133.

más que nunca, directa o indirectamente[41]. Tal hipótesis echa abajo los argumentos de la CE: tanto lo expuesto por las partes reclamantes, como los motivos esgrimidos por el Órgano de Apelación, consideran que la noción de "interés" en un caso debe ser entendida de manera amplia, consolidando al mismo tiempo la idea de comunidad.

Para resumir, la sentencia *DS27 CE-Banano III* pone de relieve las posibilidades de interpretación de los acuerdos de la OMC y, de modo más específico, la noción de "legitimación" e interés. El Órgano de Apelación utilizará las disposiciones del artículo 10 del ESD para esbozar una interpretación innovadora de la exigencia del "interés común" para las partes reclamantes y, así, fomentar la práctica de la *actio popularis* en el OSD. Por ende, no hay ningún texto que aborde la posibilidad de una *actio popularis* emprendida únicamente por las partes reclamantes. Sin embargo, el artículo 9 del ESD trata de la pluralidad de la partes reclamantes. Ahora bien, si la sentencia *DS306 India-Antidumping* no hubiese ofrecido estas perspectivas, la jurisdiccionalización de la *actio popularis* no se hubiese podido plantear.

2. Sentencia DS306 India-Antidumping: las implicaciones del vacío jurídico en el artículo 9 del ESD y motivos de la sentencia DS27 CE-Banano III

El reconocimiento de la existencia de una *actio popularis* en la sentencia *DS27 CE-Banano III* no implica necesariamente que se reconozca el principio de su práctica general. El informe del Órgano de Apelación en la sentencia DS27 subraya claramente que la aceptación del alegato de Estados Unidos vale para este caso, pero que los factores implicados en el mismo no tendrían porqué ser necesariamente determinantes en otro. En otras palabras: la interpretación de las nociones de "interés común" y "legitimación" no deben ser entendidas como una norma, como un marco que sirve de base para la interpretación, sino como una interpretación puntual y adecuada en un caso particular y, sobre todo, con motivos particulares. Sin embargo, el informe del Órgano de Apelación no prohíbe que se vuelvan a utilizar sus elementos de interpretación y su concepto de "legitimación". Teniendo en cuenta esta posibilidad, se puede desprender la hipótesis de jurisdiccionalización de la *actio popularis*, gracias a la acción de Bangladesh en la sentencia *DS306 India-Antidumping*.

Cuando se adoptó el informe del Órgano de Apelación, el Grupo consultivo de los PMA todavía no existía. En otras palabras, la idea de comunidad que se forjó a partir de la Cumbre de Cancún, todavía no existía. Por consiguiente, si bien es cierto que no se niega la conclusión del Órgano de Apelación en la sentencia *DS27 CE-Banano III*, sí que se debe matizar y, sobre todo, replantear, teniendo en cuenta la creación del Grupo consultivo y la acción de Bangladesh en el OSD.

El artículo 9 del ESD[42] estipula que: "cuando varios miembros soliciten el establecimiento de sendos grupos especiales en relación con un mismo asunto, se deberá establecer un grupo especial único". Así, teniendo en cuenta las dificultades técnicas y financieras de los PMA para participar en el mecanismo de solución de diferencias, tal posibilidad permitiría, en primer lugar, resolver su problema de participación, y en segundo lugar, institucionalizar el ejercicio de la *actio popularis* en función del nivel de interés común entre países[43]. Además, tal posibilidad ya había sido reconocida en las sentencias *DS35 Hungría-productos agrícolas, DS58 y DS61 Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos y DS265, DS266 y DS283 CE-Azúcar*, lo que pone particularmente de relieve la buena fe entre los miembros de una comunidad. En el caso *DS306 India-Antidumping*, no hay pluralidad de partes reclamantes, pero el tema concierne

41 *Ibid*. §135.

42 El §1 del artículo 9 del ESD estipula que "cuando varios miembros soliciten el establecimiento de sendos grupos especiales en relación con un mismo asunto, se podrá establecer un único grupo especial para examinar las reclamaciones tomando en consideración los derechos de todos los miembros interesados. Siempre que sea posible, se deberá establecer un grupo especial único para examinar tales reclamaciones".

43 Mavroidis, C. y Palmeter, D. (2004). *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.

a todos los PMA que tienen dificultades para acceder al mecanismo de solución de controversias. El tema, además, también concierne de manera más amplia a todos los PMA, ya que aborda las dificultades de acceso al comercio internacional que plantean los obstáculos no arancelarios de acceso a los mercados. Aunque Bangladesh actúe por interés propio, en cierto modo se trata de un interés que concierne a todos los PMA: las medidas *antidumping*[44]. Estos países tienen más dificultades para participar en el comercio mundial y, además, la Ronda de Doha intentó resolver tal problema modificando las medidas *antidumping* a favor de los PMA. Así, existe un cierto interés común entre Bangladesh y los otros PMA del grupo, tal como lo define F. Voeffray y como lo exige el informe del Órgano de Apelación en la sentencia *DS27 CE-Banano III*[45].

Además, Bangladesh desempeñó aquí el papel de líder dentro del grupo: representó y coordinó las políticas de la comunidad en las cumbres de la OMC. Bangladesh fue coordinador del grupo consultivo muchas veces desde su creación en 1999[46]; es decir, que representaba el interés del grupo cuando había rondas o negociaciones. Este hecho se traduce en que existe un vínculo fuerte entre, por un lado, la política comercial y los objetivos de Bangladesh en la OMC y, por otro, la de los demás miembros del grupo consultivo[47]: detrás de Bangladesh se esconde una verdadera comunidad. Teniendo en cuenta el papel de Bangladesh dentro de su comunidad y la primicia de su participación como PMA en un caso de la OMC, podemos calificar su acción de *actio popularis*.

Habida cuenta de todos estos elementos, podemos analizar las motivaciones de Bangladesh en la sentencia *DS306 India-Antidumping* como una acción a favor de todos los PMA, es decir, una acción que defiende un interés común entre Bangladesh y los PMA. Por consiguiente, esta sentencia arroja una perspectiva positiva a favor de la institucionalización de la *actio popularis* pluriestatal como parte reclamante en el OSD.

Conclusiones a este comentario

Sin interés común no hay comunidad y, sin comunidad, el interés común no puede defenderse. La dimensión política de la OMC permite la expresión de tales conceptos y, por consiguiente, la práctica de la *actio popularis*, aunque nuestro estudio constituye une hipótesis sobre la evolución de la práctica de la *actio popularis* en la OMC. De este modo, el análisis conjunto de los casos *DS27 CE-Banano* y *DS306 India-Antidumping* es complementario: por un lado, el estudio de la sentencia Banano III permite plantear la dificultad de discernir tanto la juridicidad de la *actio popularis*, como la de una posible jurisdicciónalizacion, que es algo que la sentencia DS306 pone en perspectiva.

El derecho de la OMC deja abierto un espacio para la práctica de la *actio popularis*, por lo menos para los terceros, aunque la juridicidad de la *actio popularis* no parezca conveniente. En otras palabras: el hecho de atribuirle una dimensión jurídica acabaría con la ductilidad tanto del concepto, como del derecho de la OMC. Su fuerza radica precisamente en la posible jurisdiccionalizacion de la *actio popularis* pluriestatal, es decir, en una evolución del derecho gracias a la jurisprudencia. Cada vacío legal invita a una nueva posibilidad de reorientar los textos de los acuerdos a través de la práctica: gracias a la jurisprudencia, que completa, y/o añade posibilidades, se optimiza la ductilidad del derecho de la OMC.

---

44 Consultar: Hsiung, J. C. (2004). *Anarchy, Hierarchy and Actio popularis: An International Governance Perspective, Paper delivery on the Panel on Hegemony, Hierarchy and International Order,* The ISA Annual Meeting, Montreal, Canadá, Abril 2004 p. 11 [Documento WWW], URL: http://www.allacademic.com/
Taslim, M. A. (2011). How the DSU worked for Bangladesh: the fist least developed country to bring a WTO claim. En Melendez-Ortiz, R. y Shaffer, G. C. Dispute Settlement at the WTO – The developing Country Experience, Cambridge : Cambridge University Press, 230-247.

45 Informe del Órgano de Apelación, *op. cit.* §132-137

46 Consultar especialmente: Comunicación de Bangladesh –El desafío de la integración de los países menos adelantados en el sistema multilateral del comercio– WT/GC/W/251, adoptado el 13 de julio de 1999.

47 Para un análisis del Grupo consultivo, consultar especialmente: Narlikar, A. (2005). International Trade and Developing Countries – Bargaining coaltions in the GATT & WTO. London: Routledge, 183-185.

Bibliografía

Batistella, D. (2012). *Théorie des relations internationales*. Paris: Presses de Sciences Po, 588p.

Berman, G.A. y Mavroidis, P.C. (2011). Developing Countries in the WTO System. En G.A. Berman y P.C. Mavroidis. *WTO Law and Developing Countries*. Cambridge: Cambridge university Press, 1-12.

Bown, C.P. (2004). Developing Countries as Plaintiffs and Defendants in *GATT/WTO Trade Disputes. The World Economy*, 27(1), 59-80.

Busch, M.L. y Reinhardt, E. (2011). Developing Countries and GATT/WTO Dispute Settlement. En G.A. Berman y P. C. Mavroidis. *WTO Law and Developing Countries*. Cambridge: Cambridge university Press, 195-213.

Cadot, O. y Webber, D. (2001). *Banana splits and slipping over banana skins: the European and the transatlantic politics of bananas*. [Documento WWW]. Recuperado el 22 de octubre de 2013. URL: http://cadmus.eui.eu/

Canal-Forgues, E. (2004). *Le règlement des différends à l'OMC*. Bruxelles: Bruylant, 191p.

Carreau, D. y Juillard, P. (2010). *Droit international économique*. Paris: Dalloz, 770p.

Charlier, C. y Rainelli, M. (2009). Politique commerciale et recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Le cas des Etats-Unis. *Revue internationale de droit économique*, 23(3), 253-276.

Chimni, B. (2009). Developing Countries and the GATT/WTO System: Some Reflections on the Idea of Free Trade and Doha Round Trade Negotiations. En C. Thomas y J.P. Trachtman. *Developing Countries in the WTO Legal System*. Oxford: Oxford University Press. 21-45.

Clegg, P. (2002). Conflit de la banane : comment l'OMC marginalise les petits Etats. *L'économie politique*, (14), 22-35.

Cornu, G. (2005). *Vocabulario Jurídico*. Bogotá: Temis. 1025p.

Diouf, E.H.A. (2010). Essai d'interprétation de l'Article XXIV du GATT:Taux et délais d'ouverture des marches dans les APE entre l'UE et les pays ACP. *Etudes analytiques*, Agence Africaine pour le Commerce et le Développement, Ginebra, 34p.

Dussouy, G. (2007). *Traité de relations internationales: Tome 2, Les théories de l'interétatique*. Paris : L'Harmattan, 354p.

Favret, J.-M. (2013). *L'essentiel de l'Union Européenne 2013-2014. Ses institutions et son droit*. Paris : Gualino 104p.

Griffith-Jones, S. (1993). Economic integration in Europe: Implications for developing Countries. En D. Glover, D. Tussie (dir.) *The developing Countries in World Trade – Policies and Bargaining Strategies*. London: Lynne Rienner Publishers, 33-51.

Grynberg, R. (2006). A theory of trade and development of small vulnerable states. En R. Grynberg, *WTO at the margins – Small States and the Multilateral Trading System*. Cambridge: Cambridge university Press, 11-29.

Grynberg, R. y Remy, J. Y. (2006). Small Vulnerable economy issues and the WTO. En R. Grynberg, *WTO at the margins – Small States and the Multilateral Trading System*. Cambridge: Cambridge university Press, 281-309.

Grynber, R., Milner, C., Morgan, W. y Zgovu, E. (2006). Reform of EU export subsidies on suger: the legal and economic implications for the ACP countries. En R. Grynberg, *WTO at the margins – Small States and the Multilateral Trading System*. Cambridge: Cambridge university Press, 535-562.

Haguenau-Moizard, C. y Montalieu, T. (2004). L'évolution du partenariat UE-ACP de Lomé à Cotonou: de l'exception à la normalisation. *Mondes en développement*, 32(128), 65-88.

Hoekman, B., Horn, H. y Mavroidis, P.C. (2009). Winners and Losers in the Panel Stage of the WTO Dispute Settlement System. En C. Thomas y J.P. Trachtman. *Developing Countries in the WTO Legal System*. Oxford: Oxford University Press. 151-191.

Hsiung, J.C. (2004). Anarchy, Hierarchy and Actio popularis: An International Governance Perspective, Paper delivery on the Panel on "Hegemony, Hierarchy and International Order", The ISA Annual Meeting, Montreal, Canada, Abril 2004 p. 11 [Documento WWW], URL: http://www.allacademic.com/

Jackson, J.H. (2009). Process and Procedure in WTO Dispute Settlement. *Cornell International Law Journal*, 42(2), 232-240.

Lang, B. y Lang, F. (2007). *101 Fiches pour comprendre l'Europe*. Paris : Belin. 224p.

Laurent, E. (2006). Small states in the banana dispute. En R. Grynberg, *WTO at the margins – Small States and the Multilateral Trading System*. Cambridge: Cambridge University Press, 425-451.

Low, P. (2011). Is the WTO Doing Enough for Developing Countries? En G.A. Berman y P.C. Mavroidis. *WTO Law and Developing Countries*. Cambridge: Cambridge university Press, 324-358.

Luff, D. (2004). *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce – analyse critique*. París: L.G.D.J., 1278p.

Mavroidis, C. y Palmeter, D. (2004). *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*. Cambridg: Cambridge University Press 330p.

Narlikar, A. (2005). *International Trade and Developing Countries – Bargaining coaltions in the GATT & WTO*. London: Routledge, 238p.

Nordström, H. y Shaffer, G. (2009). Access to Justice in the WTO: A Case for a Small-Claims Procedure ? En C. Thomas y J.P. Trachtman. *Developing Countries in the WTO Legal System*. Oxford: Oxford University Press. 191-247.

Nordström, H. (2011). Participation of Developing Countries in the WTO- New Evidence Based on the 2003 Official Records. En G.A. Berman y P.C. Mavroidis. *WTO Law and Developing Countries*. Cambridge: Cambridge university Press, 146-186.

Pace, V. (2000). *L'Organisation Mondiale du Commerce*

et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux. Paris: L'Harmattan, 472p.

Shaffer, G. (2006). The challenges of WTO Law: Strategies for Developing Countries adaptation. World Trade Review Julio 2006. [Documento WWW]. Recuperado el 22 de octubre de 2013. URL:http://papers.ssrn.com/

Stiglitz, J.(2005). *Pour un commerce mondial plus juste*. Paris: Fayard, 506p.

Swan, G. S. (1977). EEC United Brands Decision: Can Chiquita Banana Find Happiness in Europe, *The California Western International Journal*, (7), 385-417.

Taniguchi, Y. (2010). WTO Dispute Resolution as Arbitration. *Contemporary Asia Arbitration*, 3, 1-5.

Taslim, M.A. (2006). Dispute Settlement in the WTO and the Least Developed Countries: the Case of India's Antidumping Duties on Lead Acid Batteries Import from Bangladesh. [Documento WWW]. Recuperado el 28 de agosto de 2013. URL: http://www.ictsd.org/

Taslim, M.A. (2011). How the DSU worked for Bangladesh: the fist least developed country to bring a WTO claim. En Melendez-Ortiz, R. y Shaffer, G.C. *Dispute Settlement at the WTO – The developing Country Experience*, Cambridge: Cambridge University Press, 230-247.

Voeffray, F. (2004). *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*. Paris: PUF, 400p.

Weil, P. (1972). Le droit international économique – mythe ou réalité? En *Societe Francaise de Droit International-Colloque d'Orléans mai 1971 – Aspects du droit international économique Elaboration-Contrôle-Sanction*. Paris: Pédone, 1-66.

Winham, G.R. (1986). *International Trade and the Tokyo Round Negotiation*, Princeton: Princeton University Press, 449p.

Documentos Oficiales

Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio, adoptado el 15 de abril de 1994.

Comunicación- Bangladesh - El desafío de la integración de los países menos adelantados en el sistema multilateral del comercio - WT/GC/W/251, adoptado el 13 de julio de 1999.

Declaración de Marrakech de 15 de abril de 1994.

Entendimiento sobre Solución de Diferencias – adoptado el 15 de abril de 1994.

GATT de 1994.

Informe del Órgano de Apelación - CE - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (CE-Banano III), WT/DS27/AB/R, adoptado el 9 de septiembre de 1997.

Notificación de la solución mutuamente satisfactoria - India - Medida *Antidumping* sobre las baterías procedentes de Bangladesh (India- *Antidumping*),WT/DS306/3, adoptado el 23 de febrero de 2006.

Notificación de solución mutuamente convenida, CE - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/98, adoptado el 8 de noviembre de 2012.

Solicitud de celebración de consulta – India-Medida *Antidumping* sobre las baterías procedentes de Bangladesh (India-*Antidumping*), WT/DS306/1, adoptado el 2 de febrero de 2004.

Unión Europea, COM (2004) 823 final, de 2004.

AUTOR

Daniela Rivera Carmona

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Relaciones Internacionales Université Paris 1-Panthéon Sorbonne. Profesora de Derecho Internacional Privado, Universidad San Sebastián. Analista unidad Argentina - Dirección de Países Limítrofes y Asuntos Regionales del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 23 de mayo de 2008 "Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge" (Malaysia/Singapore)

I. Los inicios de una controversia

El 21 de diciembre de 1979, el Gobierno de Malasia publicó un mapa oficial denominado "Aguas Territoriales y Límites de la Plataforma Continental", que incluía a la isla de Pedra Branca, Pulau Batu Puteh en la denominación malaya, como parte de su territorio. El 14 de febrero de 1980, la República de Singapur protestó formalmente por la publicación, solicitando que el mapa fuera enmendado de manera que reflejara la soberanía de ese país sobre la isla.

Desde entonces, ambos países comenzaron negociaciones bilaterales directas –en un clima de tensiones políticas y diplomáticas– intentando alcanzar una solución amigable. Sin embargo, las negociaciones resultaron infructuosas. En septiembre de 1994, Malasia y Singapur concordaron que el asunto debía ser resuelto por una tercera parte, y propusieron que ésta fuera la Corte Internacional de Justicia de la Haya (en adelante, "la Corte" o "CIJ"). Con esa decisión política, el trabajo de los países se concentró en negociar los términos de un acuerdo especial, con el propósito de someter su controversia ante ese tribunal internacional. Hasta entonces, ni Malasia ni Singapur habían reconocido jurisdicción a la Corte, y este acuerdo (compromiso) resultaba indispensable para manifestar su consentimiento[1]. Con todo, se requirieron 4 años en que este acuerdo fuera negociado (1994-1998) y otros 5 años en suscribirlo y ratificarlo (1998-2003).

Entre las razones que explican las largas negociaciones para alcanzar este acuerdo, se encuentra la dificultad inicial del consenso para utilizar el nombre Pedra Branca o Pulau Batu Puteh para

1 La CIJ puede conocer de un asunto sólo si los Estados implicados han consentido de alguna manera en pasar a ser partes en casos ante la Corte (principio del consentimiento de las partes). Éste es un principio fundamental que rige la solución de controversias internacionales. El consentimiento puede ser manifestado por los Estados a través de: una cláusula en un tratado (conocidas como cláusulas jurisdiccionales); una declaración unilateral (llamada cláusula facultativa) o un acuerdo especial –de carácter bilateral– como en el presente caso. (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, arts. 35, 36, 37 y 40.)

describir el objeto de la controversia[2], pero especialmente, si correspondía incluir las formaciones rocosas de Middle Rocks y South Ledge en la disputa que, a partir de 1993, se comenzaron a mencionar en las conversaciones entre las Partes[3]. Además, Malasia tenía una controversia con Indonesia ante la CIJ sobre las islas Ligitan y Sipadan, cuyos alegatos orales se realizaron en junio de 2002, lo que probablemente tuvo influencia en la suscripción del acuerdo Malasia-Singapur.

Finalmente, el 6 de febrero de 2003, el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Singapur suscribieron el acuerdo especial solicitando a la Corte que determinara a quién pertenecía la soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh; Middle Rocks y South Ledge. El 24 de julio del año 2003, Malasia y Singapur, conjuntamente, notificaron al Secretario de la Corte dicho compromiso, dando inicio a un juicio que concluyó el 23 de mayo de 2008.

II. Singapur-Malasia y los territorios controvertidos

Previo al análisis de la sentencia de la CIJ, resulta necesario realizar una breve referencia histórica sobre los países involucrados y conocer algunos antecedentes geográficos de los territorios controvertidos, aspectos que con detalle, la propia CIJ describió en la parte considerativa de su fallo.

Las partes

Malasia y la República de Singapur se encuentran ubicados en el sudeste asiático y mantienen fuertes lazos culturales y comerciales, además de una compleja historia en común.

En 1957, la Federación Malaya se independizó del Imperio Británico y en 1963, de la fusión entre la Federación Malaya y las antiguas colonias británicas –Singapur, Sabah y Sarawak–[4] surgió su denominación actual. Malasia está constituida por trece estados y tres territorios federales. En el contexto de este caso, es preciso destacar que Johor es uno de los Estados que forman parte de Malasia, establecido por los portugueses en el año 1511. En el siglo XVII, con la pérdida de influencia de Portugal, los holandeses adquirieron control sobre algunos de los territorios del archipiélago malayo, que posteriormente quedaron bajo la influencia de la autoridad británica[5].

Singapur es una república independiente desde 1965. Su historia contemporánea data desde 1819, cuando Sir Stamford Raffles, representante de la Compañía Británica de las Indias Orientales –agente del gobierno británico en varias de sus posesiones hasta la segunda mitad del siglo XIX– arribó a esta pequeña isla, que en ese tiempo pertenecía al Sultanato de Johor. Bajo la iniciativa de Raffles, la Compañía de las Indias Orientales estableció en Singapur, una "fábrica", esto es, un local comercial británico en el sudeste asiático. A partir de 1824, el Sultanato de Johor cedió totalmente Singapur a la Compañía Británica –mediante el llamado "acuerdo Crawfurd"–, y en 1867, pasó a ser una colonia de la Corona británica, como parte de los "asentamientos de los estrechos", formado por Penang, Singapur y Malacca. Los asentamientos fueron disueltos en

2 Las partes acordaron que el orden de estos nombres, no sería de importancia en lo relativo a la soberanía que debería determinar la CIJ (artículo 3 del Acuerdo Especial). En esta presentación, por consideraciones prácticas, se utiliza la denominación "Pedra Branca".

3 Un tercer tema que habría sido discutido durante las negociaciones del acuerdo especial, fue la propuesta malaya de incluir una provisión que señalara que, en el caso que una de las partes obtuviera la soberanía sobre Pedra Branca, la Corte debería determinar intereses o derechos para la otra parte: si Malasia obtenía la soberanía sobre la isla, Singapur podría continuar operando el faro, mientras que si Singapur se adjudicaba Pedra Branca, Malasia podría continuar con sus derechos de pesca. Para Singapur, si bien en apariencia parecía razonable que la parte perdedora también lograra algo, se opuso a incorporar este tipo fórmula que podría dar un equivocado mensaje y "tentar" a los jueces a alcanzar una decisión intermedia o "*equitable*" ("*open the door to a middle way solution*"). (Jayakumar y Koh, 2009).

4 Singapur fue parte de la Malasia entre 1963 y 1965, dos años que, en palabras Lee Kuan Yew, Ministro Mentor de Singapur (y considerado el fundador de Singapur moderno), fueron una desafortunada experiencia: "*an unfortunate two year experience as part of Malaysia"*. (Jayakumar y Koh, 2009)

5 En agosto de 1824 se suscribió el acuerdo anglo-holandés, cuya consecuencia práctica fue fijar las esferas de influencia de estos dos poderes coloniales en la zona.

1946, fecha en la cual Singapur pasa a ser administrada directamente por la Corona.

Objeto de la controversia

La isla de Pedra Branca fue el objeto central en esta disputa. Los nombres de Pedra Branca y Batu Puteh significan "piedra blanca", en portugués y en malayo, respectivamente. La Isla de Pedra Branca es una formación rocosa, de granito, que mide 137 metros de largo, con un promedio de 60 metros de ancho y con una superficie aproximada de 8.560 m2 en bajas mareas. Se encuentra al este del Estrecho de Singapur, en el punto donde ese estrecho se abre hacia el Mar del Sur de China. Está ubicada aproximadamente a 24 millas marinas al este de Singapur, 7,7 millas marinas al sur del Estado de Johor, Malasia, y 7,6 millas marinas al norte de la isla de Bintan en Indonesia, en una ruta considerada estratégica para el comercio internacional. La isla cuenta con el faro "Horsburgh", construido a mediados del siglo XIX (1847-1851).

Middle Rocks y South Ledge son las dos formaciones marítimas más cercanas de Pedra Branca. Middle Rocks, a 0,6 millas marinas al sur, está conformada de dos conjuntos de pequeñas rocas distantes la una de la otra en 250 metros y descubiertas de forma permanente; su elevación está entre 0,6 y 1,2 metros sobre el nivel del mar. South Ledge, a 2,2 millas marinas al sur-oeste de Pedra Branca, es una formación rocosa que solo es visible en bajas mareas.

III. Un análisis general de los argumentos de las partes

Cada parte solicitó a la Corte declarar y juzgar que tenía la soberanía sobre la isla de Pedra Branca (Pulau Batu Puteh, en la denominación malaya) y sobre las formaciones de Middle Rocks y South Ledge.

Durante el juicio, ni Singapur ni Malasia fueron considerados como demandante o demandado respecto del otro, lo que tuvo incidencia en lo relativo a la carga de la prueba, de manera tal que, en base al principio general del derecho –reiterado por la jurisprudencia de la Corte– cada parte debió sustentar su pretensión.

El procedimiento contó con una fase escrita y una oral, conforme a lo dispuesto en el acuerdo especial. El 25 de marzo de 2004 y el 25 de enero de 2005, respectivamente, cada parte hizo entrega de su memoria y contra-memoria; el 25 de noviembre de 2005, cada parte entregó su réplica. Los alegatos orales se llevaron a cabo entre el 6 y el 23 de noviembre de 2007. En carta conjunta del 23 de enero de 2006, Malasia y Singapur informaron a la Corte que no era necesario intercambiar dúplicas[6].

Entre los principales argumentos esgrimidos por cada país para fundamentar su pretensión destacan:

Singapur

La soberanía sobre Pedra Branca se fundamentó en la posesión legal de la isla por las autoridades británicas durante el período 1847-1851, la que fue conservada por su sucesora legítima, la República de Singapur. Argumentó que hasta 1847, ninguna otra autoridad había reivindicado dicha soberanía ni realizado actos que probaran un ejercicio soberano sobre ese territorio. Pedra Branca era entonces *terra nullius*, que la Corona Británica había ocupado legítimamente. Esta soberanía se ejerció de manera continua por más de 150 años a través de la administración y control permanente de Pedra Branca y sus aguas circundantes.

Pedra Branca era *terra nullius*, y en 1847, Rei-

6 La Presidenta de la Corte, Jueza Higgins, se recusó ya que anteriormente había prestado asesoría a Singapur en este mismo asunto (párrafo 2 del artículo 17 del Estatuto). Por tal razón correspondió al Vicepresidente ejercer la presidencia (párrafos 1 y 2 del artículo 13 del Reglamento de la Corte). Las partes hicieron uso del derecho que les confiere el párrafo 3 del artículo 31 del Estatuto de proceder a la designación de un juez *ad hoc* para que sesione en el caso, al no contar con ningún juez de su nacionalidad. De esta manera, la composición de la CIJ en el caso fue la siguiente: Presidente en funciones, Vicepresidente Al-Khasawneh; Magistrados: Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; Magistrados *ad hoc*: Dugard y Sreenivasa Rao; Secretario: Couvreur. A falta de acuerdo entre las Partes, el orden en el uso de la palabra en las audiencias orales fue resuelto por la CIJ, que correspondió a Singapur.

no Unido, sin autorización de ningún otro Estado o autoridad, se estableció en la isla para construir un faro. Cabe mencionar que en la memoria y en la contra memoria, Singapur no calificó expresamente a Pedra Branca como *terra nullius*. Tal calificación jurídica aparece en su réplica y en los alegatos[7]. Subsidiariamente, ante la eventualidad que la Corte considerara la existencia de algún título histórico de Malasia sobre la isla, Singapur argumentó que de todas formas Pedra Branca le pertenecía, considerando sus actos continuos de soberanía, mientras que Malasia no había hecho nada.

En cuanto a Middle Rocks y South Ledge, expresó que no podían ser consideradas como formaciones diferentes a Pedra Branca, ya que se trataba de un solo conjunto de formaciones marítimas. Por tanto, ellas también formaban parte de la controversia desde 1980, al ser presentadas por Malasia como parte de ese país. Así, según Singapur, el Estado que tenga la soberanía sobre Pedra Branca la tendrá asimismo sobre Middle Rocks y South Ledge.

Malasia

Manifestó que contaba con un título originario sobre Pedra Branca, posesión inmemorial, ya que la isla siempre fue parte del Estado malayo de Johor, desde la época del Sultanato en el siglo XVI. Para Malasia, no existió ningún acontecimiento que haya provocado la pérdida de dicha soberanía. La presencia foránea en la isla se entiende solo con el simple objetivo de construir y mantener un faro en ella –con el beneplácito de quien tenía la soberanía sobre dicha isla, Johor– y no le confirió derechos soberanos sobre ella. La isla estaba bajo el dominio del Sultanato de Johor, antecesor legal de Malasia, y en 1847 no pudo haber sido considerada como *terra nullius* ni ser adquirida por vía de ocupación. Agregó que la Corona británica nunca trató de obtener la soberanía sobre Pedra Branca, que solo operaba el faro, y que Singapur nunca reclamó públicamente dicha soberanía sino hasta 1979.

En lo relativo a Middle Rocks y South Ledge, Malasia consideró que el 6 de febrero de 1993, por primera vez, Singapur las había incluido en sus pretensiones. Argumentó que estos tres territorios no constituyen un grupo identificable de islas ni desde un punto de vista histórico ni geomorfológico, añadiendo que siempre ha considerado que esas formaciones recaían bajo la jurisdicción de Johor.

IV. La sentencia de la Corte Internacional

El 23 de mayo de 2008, la CIJ resolvió que la soberanía sobre Pedra Branca correspondía a Singapur, mientras que Middle Rocks correspondía a Malasia. Respecto a la soberanía sobre South Ledge la Corte expresó que corresponde a aquel Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra ubicado. La decisión de la CIJ, consideró entre otros, los siguientes aspectos que merecen un análisis:

Fecha crítica

En una disputa por la soberanía de un territorio, la fecha en que se "cristaliza" la controversia es determinante para considerar los hechos o circunstancias que permiten establecer o reconocer la soberanía. Los hechos o circunstancias posteriores a esa "cristalización" no serían pertinentes, y no podrán gozar de significancia alguna si ellos son realizados con el objeto de mejorar una posición legal para fundamentar la reivindicación. La Corte utilizó como precedente el caso de la disputa marítima y territorial entre Honduras y Nicaragua de octubre de 2007, al igual que la decisión de la Corte referida a la disputa territorial entre Indonesia y Malasia por las islas Palau Sipadan y Ligatan del año 2002, cuyo fallo agrega que no se consideran los hechos posteriores a la cristalización de la controversia salvo que constituyan la continuación normal de una actuación previa o se hayan realizado sin la intención de mejorar su posición legal[8].

7 En la memoria y contra memoria Singapur no hace mención al carácter de *terra nullius* de Pedra Branca. En la réplica por primera vez señaló que ese estatus era evidente ("*...that "[i]t is obvious that the status of Pedra Branca in 1847 was that of terra nullius"*. §40 de la sentencia), lo que reiteró en los alegatos orales.

8 En la controversia Honduras-Nicaragua la CIJ señaló "En el contexto de una disputa sobre delimitación marítima

Determinación de la soberanía sobre Pedra Branca

La Corte, en base a que ninguna de las partes fue considerada demandante ni demandado, estimó que para resolver este caso era necesario determinar si Malasia había probado debidamente la existencia de su título originario, y si Singapur había probado tener una posesión legítima sobre Pedra Branca luego de la construcción del faro por los agentes de británicos. Para estos efectos, la Corte distinguió el estado jurídico de Pedra Branca antes y después de 1840, analizando detalladamente la conducta de las partes después del año 1851.

En cuanto a la soberanía antes de 1840, con las pruebas aportadas, especialmente las cartas escritas por el delegado británico en Singapur del año 1824, además de un artículo de prensa de mayo de 1843, la Corte desprendió que, al menos desde el siglo XVII hasta comienzos del siglo XIX, era reconocido que el dominio territorial y marítimo del Sultanato de Johor comprendía una parte considerable de la Península Malaya, y entre ellos, las islas e islotes situados en la zona del estrecho de Singapur. Específicamente, este dominio cubría el área donde estaba ubicada Pedra Branca (párrafo 59 de la sentencia). Asimismo, la Corte consideró evidente que esta isla no era "tierra incógnita", ya que en la época era conocida como una zona peligrosa para la navegación en el Estrecho de Singapur, un importante canal para la navegación internacional en el comercio este-oeste que conecta el Océano Índico con el Mar del Sur de China. Por ello, para la Corte, resulta razonable inferir que la isla era considerada como parte del ámbito geográfico general del Sultanato de Johor[9].

Por su parte, la Corte estimó relevante advertir que, a lo largo de la historia del antiguo Sultanato de Johor, su soberanía respecto a las islas en esa zona del estrecho de Singapur nunca fue controvertida. El Tribunal agregó además que la naturaleza y el grado de autoridad del Sultán de Johor ejercida sobre la gente del mar "Orang Laut", pueblo nómade que habitaba la zona y realizaba actividades en las aguas en el Estrecho de Singapur, confirmaba el antiguo título originario del Sultanato de Johor sobre las islas en el estrecho de Singapur, entre ellas Pedra Branca.

Con ello, la Corte concluyó que el Sultanato de Johor tenía un título originario sobre Pedra Branca, ya que Malasia pudo establecer satisfactoriamente que cuando los británicos comenzaron sus preparativos para la construcción del faro en Pedra Branca en 1844, la isla estaba bajo su soberanía.

La siguiente cuestión para la CIJ fue establecer si Malasia había mantenido esa soberanía después de 1844 o si ella había pasado a Singapur. Singapur sostuvo que adquirió la soberanía en esa fecha sobre la base de la construcción y operación del faro Horsburgh en la isla, así como por otras acciones. En ese contexto, la cuestión central para la Corte era establecer si después de la construcción del faro y sobre la base de la conducta de ambas partes, la Corona Británica, antecesora de Singapur, había adquirido el dominio sobre la isla.

La Corte observó que el solo hecho de construir el faro no permitía alcanzar una conclusión relativa a la soberanía, pero que ese evento sumado a las actividades posteriores, eran relevantes para apreciar la "evolución de las posiciones" de las autoridades de Johor y de Singapur. El "compor-

o relacionada con soberanía sobre territorio, la significación de la fecha crítica descansa en distinguir entre aquellos actos realizados a título de soberano, los que en principio no son relevantes para el propósito de evaluar y validar efectividades, y aquellos que ocurren después de tal fecha crítica, los que en general tienen menos significación para ese propósito dado que fueron llevados a cabo por un Estado que, ya había hecho valer sus derechos en una disputa legal, habría realizado tales acciones estrictamente con el propósito de apuntalar tales reclamaciones. Así, una fecha crítica será la línea divisoria después de la cual los actos de las Partes serán irrelevantes para el propósito de evaluar las efectividades" (*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (*Nicaragua vs. Honduras*) Judgment, I. C. J. Reports 2007, p. 659) (*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 625) Ver además (Winter, 2008).

9 §59 de la Sentencia.

tamiento de las partes" relativo al ejercicio de la soberanía sobre Pedra Branca era indispensable para determinar si la soberanía de Johor sobre la isla había pasado a dominio británico (§162 y 163 de la sentencia).

Para la Corte, la correspondencia oficial en el año 1953 presentada por Singapur resultó de gran importancia[10]. El 12 de junio de 1953, el Secretario Colonial de Singapur había enviado una carta al Consejero británico del Sultán de Johor, solicitando "aclarar la situación de Pedra Branca, en el sentido de saber si existe algún documento que acredite su arrendamiento o la concesión o si ha sido cedido por el Sultanato de Johor". La respuesta a esta solicitud fue enviada por el Subsecretario de Estado de Johor –*Acting State Secretary*–, que en su carta de 21 de septiembre de 1953, respondió "el Gobierno de Johor no reclama la propiedad sobre Pedra Branca[11].

El significado e interpretación de la carta de respuesta de septiembre de 1953 fue un punto de discusión central entre las partes (si el "*acting secretary*" tenía o no la facultad para escribir la carta y principalmente, el significado de la frase "no reclama la propiedad sobre Pedra Branca"). Para la Corte, la carta de respuesta demostró que a partir de 1953, Johor no tenía soberanía sobre Pedra Branca y no había realizado ninguna reclamación al respecto[12].

Desde 1953 en adelante, la Corte otorgó méritos a la prueba entregada por Singapur para sustentar su conducta a *titre de souverain*, tales como investigar y reportar accidentes marítimos y hundimientos de naves en aguas circundantes a Pedra Branca. Al mismo tiempo, consideró que acciones de ambas partes otorgaron un mayor peso a la pretensión de Singapur, y debilitaron el argumento de Malasia, entre las que se encontraban publicaciones que incluían el faro Horsburgh como una estación de "Singapur" y mapas oficiales de Malasia en los cuales Pedra Branca aparecía bajo la designación "Singapore" o "Singapura"[13].

La Corte consideró que todos estos hechos, incluida la conducta de las partes, reflejaron una evolución convergente de posiciones en relación con el título sobre Pedra Branca. Otorgó atención especial a la conducta de Singapur y de sus antecesores en calidad de soberano, y a la conducta de Malasia y de sus antecesores y de su ausencia de reacción ante la conducta de Singapur y de sus antecesores, la CIJ concluyó que en 1980 la soberanía sobre Pedra Branca correspondía a Singapur.

Por tanto, a la fecha de cristalizarse la controversia, esto es febrero de 1980, Singapur ejercía la soberanía efectiva, en forma continua y pacífica, sobre Pedra Branca –que no estimó *terra nullius*–, y que Malasia, aunque contara con un título histórico sobre la isla, nada había hecho para controvertirla.

Para la Corte, un territorio soberano de un Estado puede pasar a formar parte de otro mediante un acuerdo, que puede otorgarse de manera expresa o tácita, o surgir a partir de la propia conducta de los Estados. Tal traspaso de soberanía puede derivar incluso de la ausencia de un Estado por controvertir los ejercicios de soberanía efectuados por otro, inacción que podría expresar aceptación. En ese sentido, el concepto de "aquiescencia" equivale a un reconocimiento tácito manifestado a través de una conducta unilateral que el otro Estado puede interpretar como consentimiento. La Corte sustenta esa consideración en el caso de delimitación marítima en el Golfo de Maine entre

10 La CIJ señaló que "*that statement has major significance*", en §275 de la sentencia.

11 §192 y 196 de la sentencia.

12 De acuerdo con la Corte, a la luz del contexto de la solicitud por Singapur, es evidente que la carta se refiere a la cuestión de la soberanía sobre la isla. La CIJ consideró que en un litigio internacional, la "propiedad" sobre el territorio ha sido utilizado a veces como equivalente de "soberanía".

13 Malasia clasificaba Pedra Branca como una estación de Singapur en publicaciones oficiales de recolección de datos meteorológicos del año 1959 y de 1966 (este último informe realizado de manera conjunta con Singapur). Asimismo, la Corte notó que en la respectiva publicación del año 1967, cuando las Partes habían comenzado a publicar los datos meteorológicos cada una por su lado, Malasia no hizo referencia alguna al faro. En el caso de la cartografía, la CIJ advirtió que la denominación "Singapore" o "Singapura" era utilizada por Malasia en el caso de las islas que incuestionablemente estaban bajo la soberanía de Singapur (§269 de la sentencia).

Estados Unidos y Canadá, 1984[14].

La Corte advirtió sobre la importancia fundamental que tiene en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales, la soberanía estatal sobre un territorio, así como el carácter estable y cierto de esa soberanía. De tal forma, todo cambio de titular sobre una soberanía territorial, fundada en el comportamiento de las partes, debe manifestarse claramente y sin ambigüedades por medio de ese comportamiento y de hechos pertinentes, especialmente, si el riesgo de una de las partes es el abandono de su soberanía sobre una parte de su territorio (§122 de la sentencia).

Soberanía sobre Middle Rocks y South Ledge

La Corte señaló que la cuestión del estado jurídico de Middle Rocks debía evaluarse desde el prisma de su razonamiento sobre la cuestión principal de este caso. En el caso de Middle Rocks, la Corte concluyó que el conflicto se cristalizó en febrero de 1993, y que la soberanía era ejercida por el sultanato de Johor y nunca fue objeto de actos soberanos por parte de Singapur –o la Corona Británica–, alejándose del criterio de soberanía efectiva empleada en Pedra Branca.

La Corte recuerda que ha llegado a la conclusión de que la soberanía sobre Pedra Branca pertenece a Singapur, en consideración de las circunstancias particulares que caracterizaron ese caso. Sin embargo, dichas circunstancias no pueden aplicarse a otras formaciones marítimas en las inmediaciones de Pedra Branca como, por ejemplo, Middle Rocks. Ninguna de las conductas de las partes respecto a Pedra Branca puede ser aplicada al caso de Middle Rocks. La Corte consideró entonces que el título originario de Middle Rocks debe permanecer bajo la soberanía de Malasia, en su calidad de Estado sucesor del Sultanato de Johor.

Respecto a South Ledge, la Corte estimó que debían tenerse en cuenta las particularidades de esa formación, ya que South Ledge presentaba características especiales, en tanto queda al descubierto sólo en baja marea. La Corte tuvo presente el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y consideró la jurisprudencia previa y los argumentos de las partes, así como las pruebas presentadas. En ese sentido, South Ledge recae dentro de las aguas territoriales que, al parecer, se entremezclan, y que se desprenden del área principal de Malasia, de Pedra Branca y de Middle Rocks. Al respecto recordó que en el Acuerdo Especial y en sus presentaciones finales, las partes pidieron específicamente que se decidiera separadamente sobre la soberanía de cada una de estas tres formaciones marítimas.

La Corte expresó que no le habían encargado que decidiera sobre la delimitación de las aguas territoriales de Malasia y de Singapur en el área en cuestión. Bajo esas circunstancias, la CIJ llegó a la conclusión que la soberanía sobre South Ledge pertenecía al Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra.

V. Algunas reflexiones

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia, que reconoció la soberanía sobre Pedra Branca a Singapur, se consideró un triunfo diplomático para ese país, aunque el otorgamiento de Middle Rocks a Malasia complicó sus reclamaciones marítimas. Se trató de la primera participación de Singapur en un litigio ante esa Corte, mientras que Malasia ya había tenido esa experiencia en la disputa territorial con Indonesia por las islas Palau Sipadan y Ligatan, logrando una decisión favorable en 2002.

Después de años de controversia entre países unidos por una compleja historia común y fuertes lazos económicos y comerciales, el fallo otorgó la posibilidad de lograr un acuerdo respecto a las proyecciones marítimas, para lo cual era indispensable dirimir previamente la soberanía sobre estos tres territorios. Precisamente, tras la decisión de la CIJ, Malasia y Singapur crearon el Comité Técnico Conjunto para delimitar la frontera marítima en el área alrededor de Pedra Branca y Middle Rocks y para determinar la soberanía de South Ledge.

14 La CIJ recuerda la frase "*That is to say, silence may also speak, but only if the conduct of the other State calls for a response*" (§121).

La decisión conjunta de someter el caso a este tribunal internacional demostró ser la forma razonable y justa de resolver la controversia, permitiendo además justificar ante la opinión pública de los respectivos países la determinación de la soberanía sobre esos territorios.

En ese contexto, la sentencia parece ser un interesante precedente en lo relativo a la pérdida y adquisición de un territorio en el Derecho Internacional, en especial, en lo referido a la conducta de las partes. En este caso, la soberanía sobre Pedra Branca pasó de Malasia –poseedor del título originario– a Singapur, en razón del comportamiento de las partes[15].

La Corte advierte en su sentencia sobre la importancia fundamental que tiene en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales la soberanía estatal sobre un territorio, así como el carácter estable y cierto de esta soberanía. De tal forma, todo cambio de titular sobre una soberanía territorial, que se fundamente en el comportamiento de las partes, debe ser manifestado claramente y sin ambigüedades por medio de ese comportamiento y de hechos pertinentes, especialmente, si el riesgo de una de las partes es el abandono de su soberanía sobre una parte de su territorio.

Por su parte, resultaría interesante analizar el concepto de "evolución de las posiciones" o comportamiento de las partes. La Corte no definió el significado exacto de este concepto, que podría ser equivalente a un acuerdo tácito entre las partes derivadas de su conducta. Según el fallo de la Corte, este entendimiento debe ser "manifestado claramente y sin lugar a dudas" a través de la conducta y los hechos relevantes.

Otro aspecto que merece analizarse con atención es la noción de "prescripción", que Singapur cuidadosamente intentó evadir durante el juicio ("*the notion of prescription… has no role to play in the present case*"). La Corte no se refirió al rol de la prescripción, pero el concepto fue recogido en la opinión disidente de los Magistrados Simma y Abraham que consideraron que el argumento de Singapur fue muy similar a alegar la prescripción. El lugar en el Derecho Internacional contemporáneo de este modo de adquirir un territorio basada en el ejercicio *ipso facto* de la soberanía durante cierto lapso de tiempo es controvertible y sujeto a un amplio debate[16]. Los Magistrados Simma y Abraham, llegaron a la conclusión que la reclamación sobre la base de la prescripción no habría sido exitosa (los hechos no demuestran que Singapur ni su predecesora, Reino Unido, realizaran un ejercicio suficientemente claro[17].

Sin duda la Corte Internacional de Justicia tiene un importante rol en el desarrollo del Derecho Internacional. En cuanto a las reglas para determinar la adquisición de un territorio. De hecho, se puede observar que la Corte señala algunas formas que difieren de los modos tradicionales de adquisición.

El territorio es uno de los elementos fundamentales del Estado, y por ello, la determinación de la soberanía territorial es de vital importancia en el Derecho internacional, especialmente a la luz de preservar la estabilidad y la seguridad de las fronteras. La sentencia Malasia/Singapur ofrecerá un ejemplo importante de discusión en esta materia, especialmente en cuanto a conciliar la estabilidad

15 Respecto con este punto, vale la pena recordar el concepto de "efectividades" (*effectivités*) y su relación entre el título legal en la jurisprudencia de la CIJ. En la controversia fronteriza entre Burkina Faso/República de Malí de 1986, la CIJ dejó claro que cuando la administración eficaz de un territorio es adicional al *uti possidetis juris*, el único papel de la "*effectivité*", es confirmar el ejercicio del derecho del poseedor del título legal (ICJ Reports 1986, pp. 586-587, §63). Pero si el territorio que constituye el objeto del litigio es administrado de manera efectiva por un Estado distinto del que posee el título legal, se debe dar preferencia al poseedor del título. Esta fórmula fue repetida por el 1994 Libia/Chad, y el 2002 en el caso entre Indonesia/Malasia.

16 Sorensen, 2002.

17 Los Magistrados Simma y Abraham discrepan respecto de la manera en la que la Sentencia aplica dichos criterios al caso en cuestión y, por tanto, de las conclusiones que se desprenden de los mismos. Así, los hechos no demuestran que Singapur ni su predecesora, Gran Bretaña, realizaran un ejercicio suficientemente claro, coherente y público de la soberanía estatal sobre la isla, por lo que no cabe deducir un consentimiento de ningún tipo para la transferencia de la soberanía de la ausencia de acción por parte de Malasia y de su predecesor, Johor.

de la soberanía y el cambio de las circunstancias con el paso del tiempo.

Bibliografía

Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore) Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 12 (Corte Internacional de Justicia 23 de mayo de 2008).

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Koh, J. (2009). *Pedra Branca.The Road to the World Court*. Singapore: National University of Singapore.

Sorensen, M. (2002). *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica.

Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 625 (Corte Internacional de Justicia de La Haya).

Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (*Nicaragua vs. Honduras*) Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659, párrafo 117 (Corte Internacional de Justicia de La Haya).

Winter, L. (2008). La "fecha crítica" en los juicios ante tribunales internacionales. *Revista del Abogado*, 15-20.

Pontificia Universidad Católica de Chile

CUADERNOS DE DIFUSIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES ceiUC

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile