

Carlos Escobar Uribe | Felipe Higuera Angulo | Walter Arévalo Ramírez
(Comps.)

A stylized map of Latin America in various shades of blue and purple. Small human figures in different colored clothing are scattered across the map, representing people from various regions. There are also illustrations of animals like whales and penguins. The title 'Gobernanza global' is written in large white letters across the center of the map.

Gobernanza global

y responsabilidad
internacional
del Estado

Experiencias
en América Latina

 UNIVERSIDAD
EL BOSQUE
Editorial

Gobernanza global

y responsabilidad
internacional del Estado

Experiencias
en América Latina

Carlos Escobar Uribe | Felipe Higuera Angulo | Walter Arévalo Ramírez
(Comps.)

Gobernanza global

**y responsabilidad
internacional del Estado**

**Experiencias
en América Latina**

© UNIVERSIDAD EL BOSQUE
© EDITORIAL UNIVERSIDAD EL BOSQUE

Rectora: María Clara Rangel Galvis

**GOBERNANZA GLOBAL Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO
EXPERIENCIAS EN AMÉRICA LATINA**

Autores y editores académicos:

© Carlos Escobar Uribe
© Felipe Higuera Angulo
© Walter Arévalo Ramírez

Autores:

© Laura Victoria García Matamoros
© Daniel Eduardo Hernández Chitiva
© Veronika Hölker
© Mario Iván Uruña Sánchez
© Sebastián Correa Cruz
© María Eugenia Goya
© Ada Inés Sánchez Echevarría
© Valeria Garbin Manfredini

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Primera edición, marzo de 2019
ISBN: 978-958-739-147-3 (impreso)
ISBN: 978-958-739-148-0 (digital)

Editor: Miller Alejandro Gallego Cataño
Coordinación editorial: Ana María Orjuela-Acosta
Dirección gráfica y diseño: María Camila Prieto Abello
Corrección de estilo: Mónica Roesel Maldonado

Hecho en Bogotá, D. C., Colombia
Vicerrectoría de Investigaciones
Editorial Universidad El Bosque
Av. Cra. 9 n.º 131A-02, Bloque O, 4.º piso
+57 (1) 648 9000, ext. 1395
editorial@unbosque.edu.co
www.unbosque.edu.co/investigaciones/editorial

Impresión
Añan Gráfico
Marzo de 2019

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

Universidad El Bosque | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Resolución n° 327 del 5 de febrero de 1997, MEN. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 11153 del 4 de agosto de 1978, MEN. Acreditación institucional de alta calidad: Resolución 11373 del 10 de junio de 2016, MEN.

332.6732 E72G

Gobernanza global y responsabilidad internacional del estado: experiencias en América Latina / Carlos Escobar Uribe, Felipe Higuera Angulo, Walter Arévalo Ramírez, Laura Victoria García Matamoros, Daniel Eduardo Hernández Chitiva, Veronika Hölker, Mario Iván Uruña Sánchez, Sebastián Correa Cruz, María Eugenia Goya, Ada Inés Sánchez Echevarría y Valeria Garbin Manfredini -- Bogotá: Universidad El Bosque. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2019.

302 p.; gráficas y tablas

Incluye referencias bibliográficas e índices.

ISBN 978-958-739-147-3 (Impreso) / ISBN 978-958-739-148-0 (Digital)

1. Gobernabilidad -- América Latina 2. Política internacional -- América Latina 3. Liderazgo político -- América Latina 4. Responsabilidad del estado (Derecho internacional) -- América Latina 5. Liderazgo político -- América Latina 1. Escobar Uribe, Carlos 11. Higuera Angulo, Felipe 111. Arévalo Ramírez, Walter 1v. García Matamoros, Laura Victoria v. Hernández Chitiva, Daniel Eduardo v1. Hölker, Veronika v11. Uruña Sánchez, Mario Iván v111. Correa Cruz, Sebastián v111. Goya, María Eugenia 1x. Sánchez Echevarría, Ada I. x. Garbin Manfredini, Valeria x1. Universidad El Bosque. Facultad de Ciencias Jurídicas.

Fuente. SCDD 23ª ed. -- Universidad El Bosque. Biblioteca Juan Roa Vásquez (Marzo de 2019) - NGG

Contenido

PRÓLOGO	13
----------------	-----------

INTRODUCCIÓN

Un estudio multidisciplinar y casuístico de la gobernanza global y la responsabilidad internacional en el escenario latinoamericano	15
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

*Carlos Escobar Uribe, Felipe Higuera Angulo y
Walter Arévalo Ramírez*

CAPÍTULO I

Políticas públicas y globalización: el nuevo constitucionalismo como escenario de juridización de la política pública	23
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Carlos Escobar Uribe (Colombia)

Introducción	23
Constitucionalismo y (neo)constitucionalismo	26
• Derechos sociales, derechos de modulación	32
• Sobre la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos	36
• El activismo judicial: propuesta para garantizar derechos sociales	40
Relación entre derecho, política y políticas públicas	42
• Sobre la relación entre derecho y política	42
• Nuevas formas de constitucionalismo como escenario de juridización de la política pública	45
Políticas públicas y globalización	50

Conclusiones	57
Referencias	58
Índice analítico y onomástico	62

CAPÍTULO II

Gobernanza global en la cooperación internacional y el desarrollo: una discusión desde las relaciones internacionales 67

Felipe Higuera Angulo (Colombia)

Introducción	67
Institucionalismo neoliberal: perspectiva de análisis de la política internacional	68
• Organizaciones intergubernamentales formales o no gubernamentales internacionales	70
• Regímenes internacionales.....	71
• Convenciones.....	73
La cooperación internacional.....	75
El desarrollo en el sistema internacional.....	79
Conclusiones: gobernanza global, cooperación internacional y desarrollo.....	82
Referencias	85
Índice analítico y onomástico	88

CAPÍTULO III

El sistema de comercio internacional y la gobernanza global: el objetivo 8 del Milenio y los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la agenda 2030 91

Walter Arévalo Ramírez y Laura Victoria García Matamoros (Colombia)

Introducción: los Objetivos del Milenio (ODM).....	91
Justificación y metodología de un análisis del ODM 8, el legado del sistema multilateral de comercio frente al desarrollo y los ODS	93
La relación entre el cumplimiento de los objetivos de la Declaración y el perfeccionamiento del sistema internacional de comercio.....	96

El ODM 8: metas e indicadores para diseñar un sistema internacional de comercio a favor del desarrollo equitativo	98
La doctrina y los esfuerzos concretos de la OMC respecto a la alianza del y por el ODM 8	107
Las brechas en el cumplimiento del ODM 8: punto de partida para la agenda post 2015	112
La OMC, Bali y su contribución a los ODS.....	115
Las actividades de la OMC y los indicadores de los ODS para 2030.....	125
Conclusiones críticas	131
Referencias	135
Índice analítico y onomástico	140

CAPÍTULO IV

Colombia en la OCDE: la gobernanza multinivel como un “compromiso” del Estado frente al sistema internacional	145
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Daniel Eduardo Hernández Chitiva (Colombia)

Introducción	145
La adhesión de Colombia a la OCDE	147
Reformas al proceso descentralizador durante el gobierno de Juan Manuel Santos.....	153
La adhesión de Colombia a la OCDE: evaluación general de los compromisos adquiridos a la luz del derecho internacional.....	158
Referencias	161
Índice analítico y onomástico	163

CAPÍTULO V

La responsabilidad internacional y la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia frente a la Corte Penal Internacional	165
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

*Walter Arévalo Ramírez y Veronika Hölker
(Colombia - Alemania)*

Introducción.....	165
La justicia transicional: evolución del concepto y bases para la construcción de la JEP en Colombia	167

La JEP y los antecedentes internacionales de transición	169
El rol de la CPI y sus valoraciones de la JEP: entre el apoyo y los reparos frente a las sanciones alternativas	174
Modificaciones recientes a la JEP y posibles incumpli- mientos con el derecho penal internacional. Conclusión.....	175
Referencias	177
Índice analítico y onomástico	180

CAPÍTULO VI

Las compañías militares y de seguridad privada: ¿el fin de la responsabilidad estatal? 183

Mario Iván Urueña Sánchez (Colombia)

Introducción	183
Auge, consolidación y decadencia de las CMSP	185
Responsabilidad de los Estados y las CMSP	189
Conclusión	192
Referencias	192
Índice analítico y onomástico	196

CAPÍTULO VII

Parámetros y desafíos del ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional ante situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 199

Sebastián Correa Cruz (Colombia)

Introducción	199
La facultad del Consejo de Seguridad de remitir situaciones a la CPI	201
• El concepto de “responsabilidad de proteger” y la función de la CPI en la prevención de los crímenes internacionales	203
Parámetros para la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad.....	209
• El umbral de los crímenes para la acción del Consejo de Seguridad	210
• Disposiciones del capítulo VII de la Carta de la ONU.....	212

• La independencia de la Corte Penal Internacional	213
Desafíos de la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad.....	215
• ¿Puede el Consejo de Seguridad evitar que la Asamblea General de la ONU asigne fondos tras la remisión de una situación a la CPI?.....	215
• La exclusión de nacionales de Estados No Partes de las remisiones.....	218
• La necesidad de que el Consejo de Seguridad imponga obligaciones de cooperación a todos los Estados miembros vis-à-vis las remisiones	220
La favorabilidad del seguimiento a las remisiones del Consejo de Seguridad.....	223
Conclusiones	225
Referencias	228
Índice analítico y onomástico	232

CAPÍTULO VIII

La responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos: reflexiones en torno al caso Fontevécchia 235

María Eugenia Goya y Ada I. Sánchez Echevarría (Argentina)

Introducción.....	235
El marco jurídico de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.....	236
El caso Fontevécchia y sus antecedentes.....	241
Las cuestiones que plantea el caso Fontevécchia	245
• La eficacia de las sentencias y la efectividad de la institución	245
• La teoría de la unidad orgánica del Estado	248
• La doctrina del margen nacional de apreciación	251
• La Corte IDH como cuarta instancia	253
• La fuente de la obligación y el mecanismo para exigir el cumplimiento	255
• La viabilidad del cumplimiento de la sentencia en el derecho interno.....	258

Conclusiones	260
Referencias	263
Índice analítico y onomástico	269

CAPÍTULO IX

Responsabilidad internacional y crisis humanitaria. Venezuela: camino al colapso	273
---------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Valeria Garbin Manfredini (Venezuela)

Introducción	273
La crisis humanitaria en Venezuela	274
El camino a la crisis	279
Responsabilidad ¿de quién?	286
Conclusión	288
Referencias	290
Índice analítico y onomástico	297

Los autores	299
--------------------------	------------

Prólogo

La presente obra colectiva presenta una serie de análisis temáticos y casuísticos desde América Latina sobre dos temas de constante desarrollo doctrinal cuya aplicación práctica resulta cada vez más vigente y compleja: la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos y la gobernanza global y multinivel, con su impacto en escenarios tan diversos como las políticas públicas y la cooperación internacional.

Combinando la experticia de los autores en derecho internacional, relaciones internacionales, derecho constitucional y políticas públicas, la obra aborda casos ejemplarizantes de los más recientes debates coyunturales sobre responsabilidad estatal, políticas públicas y gobernanza multinivel, con conclusiones generalizables para entender la experiencia de la región en la implementación de las dogmáticas propias de estas tres materias.

A través de capítulos inspirados por los debates actuales del derecho internacional en cuanto a responsabilidad del Estado, y de la ciencia política en cuanto a políticas públicas, neoconstitucionalismo y gobernanza multinivel, el libro estudia recientes experiencias locales en materia de justicia transicional, la lucha contra la criminalidad

transnacional, el rol de los cuerpos privados de seguridad, el incumplimiento de sentencias internacionales y las crisis humanitarias en la región.

Igualmente, a la luz de las recientes reflexiones sobre el impacto de la gobernanza multinivel, los compromisos jurídicos en materia de integración política y económica y las tendencias del nuevo constitucionalismo, se analizan la juridización internacional de las políticas públicas en la región, el impacto de la gobernanza multinivel en la cooperación internacional y en los compromisos estatales adquiridos frente a escenarios como la OCDE, los Objetivos de Desarrollo Sostenible y su impacto en la gobernanza local.

La obra tiene una estructura multidisciplinar que se refleja también en la variedad de los artículos. Los primeros capítulos (1 a 5) se enfocan, desde perspectivas jurídicas internacionales, en coyunturas regionales y locales relativas a los debates actuales en materia de responsabilidad internacional, mientras que los siguientes (6 a 9) se enfocan, desde una perspectiva teórica apalancada por la ciencia política y las relaciones internacionales, en los nuevos retos que implican para la región las distintas formas de gobernanza multinivel.

La intención de este libro es tanto disciplinar como pedagógica. Los capítulos han sido elaborados de manera que puedan revelar nuevas posturas y reflexiones profundas sobre los temas presentados –las cuales serán de interés para los conocedores–, pero también cuentan con secciones explicativas y doctrinales –que permitirán a estudiantes e iniciados en el tema aprender sobre las temáticas y teorías centrales de la obra, a la par que reconocer sus coyunturas actuales en la región.

Carlos Escobar Uribe
Felipe Higuera Angulo
Walter Arévalo Ramírez

INTRODUCCIÓN

Un estudio multidisciplinar y casuístico de la gobernanza global y la responsabilidad internacional en el escenario latinoamericano

*Carlos Escobar Uribe, Felipe Higuera Angulo y
Walter Arévalo Ramírez*

La gobernanza global y la responsabilidad internacional del Estado son temas que adquieren cada vez más relevancia en el contexto latinoamericano. La presente obra colectiva busca analizar con un enfoque multidisciplinar, desde América Latina y sus experiencias diversas, a partir de desarrollos teóricos y análisis casuísticos, el impacto de la gobernanza global y multinivel sobre los ámbitos jurídicos, las políticas públicas y de cooperación internacional y la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, en escenarios como la justicia transicional, las crisis humanitarias, la responsabilidad penal individual y la participación de actores estatales y privados en la seguridad regional y hemisférica.

En el primer capítulo, Carlos Escobar Uribe busca mostrar, desde un debate teórico-práctico, los procesos de juridización de las políticas públicas en América Latina a través de la constitucionalización del derecho. De esta manera plantea un debate sobre el rol de los tribunales constitucionales y su creciente intervención en los procesos de formulación e implementación de las políticas públicas, desde el nivel nacional hasta el nivel local. A partir de las decisiones judiciales se ha construido un nuevo rol del juez, que al intervenir en

la protección de derechos termina tomando decisiones sobre procesos de la administración pública. Se ha convertido en un nuevo *policy maker*, pues a través de las órdenes judiciales obliga a la formulación de políticas públicas que garanticen el cumplimiento y la protección de los derechos defendidos por la acción judicial. Esto ha generado tensiones entre los poderes públicos, pues en el ámbito de las decisiones judiciales se ha eliminado la línea entre la defensa de derechos y la construcción de políticas. Escobar plantea los elementos teóricos fundamentales para definir y analizar esa relación entre derecho y política pública, presentando diversas perspectivas analíticas, tanto críticas como complementarias, sobre la incidencia de la garantía de derechos en la formulación de políticas públicas a partir de decisiones judiciales. Tal incidencia ha llevado a un cuestionamiento sobre la división de poderes y la acción del Estado, que invita a evaluar la legitimidad de las acciones de los tribunales constitucionales en la medida en que intervienen en los procesos de toma de decisión en el ámbito de lo público.

El debate se plantea a la luz de la teoría de la decisión judicial para analizar la intervención en la formulación de la política pública del Estado, lo que permite ver los resultados de la práctica judicial: el (neo)constitucionalismo interviene como vínculo entre el derecho y la política pública, los cambios y mutaciones que ambos sufren a consecuencia de las realidades globales –tanto teóricas como prácticas– que afectan los ámbitos locales, así como la cesión de poder por parte del Estado, para entender el rol de los jueces constitucionales y las razones por las cuales las políticas públicas son escenarios que permiten la garantía de los derechos sociales. El texto aboga por la democratización de los procesos de políticas públicas, pero resalta que la juridización es institucionalización y que permite el diálogo social y la gobernanza a partir de la articulación entre actores sociales y poderes públicos del Estado.

En el segundo capítulo, Felipe Higuera Angulo introduce la discusión sobre la presencia o ausencia de posibilidades de trabajo conjunto entre los actores del sistema internacional a través de las diferentes teorías de las relaciones internacionales. El institucionalismo neoliberal ha planteado que es posible desarrollar acciones de

cooperación entre los Estados a partir de la construcción de regímenes, instituciones y organizaciones internacionales, en un sistema de autoayuda.

El centro de la cooperación entre los Estados ha sido el desarrollo, enfocado en el crecimiento económico y la lucha contra la pobreza. Sin embargo, las condiciones de la ayuda internacional han estado mediadas por los intereses políticos y económicos de los países donantes en el sistema internacional, los que definen el tipo de desarrollo que deben alcanzar los países receptores. Así, la relación entre donantes y receptores y la definición de modelos de desarrollo han fortalecido las ventajas comerciales y políticas de los primeros.

El autor considera la gobernanza global como una categoría que facilita la coordinación de políticas en la cooperación internacional para enfrentar problemas globales, y a la vez como una forma de normalización de conductas y consolidación de la gubernamentalidad en el sistema internacional. Explora la teoría del institucionalismo neoliberal con el objetivo de plantear sus principales categorías analíticas y definir así las posibilidades de una cooperación internacional que promueva la acción conjunta de los actores internacionales y el ajuste de sus intereses para dar soluciones a problemas comunes. Así, la cooperación internacional se presenta como concepto fundamental de las relaciones internacionales; a partir de sus principales características se establece la relación con el concepto de *desarrollo*, se analiza el vínculo entre donante y receptor y se definen modelos de desarrollo que potencian las ventajas comerciales y políticas de los donantes.

Por último, Higuera plantea que a la luz de la gobernanza global se evidencia cómo se consolidan los procesos de cooperación internacional entre diversos actores internacionales, enfocándose no solo en el desarrollo económico, sino también en la solución conjunta de problemas globales y la gubernamentalidad en el sistema internacional. Concluye que la promoción y el fortalecimiento del desarrollo, principalmente económico, han sido el centro de los procesos de cooperación internacional; si bien ha habido interés en la reducción y eliminación de la pobreza, también lo ha habido en la consolidación de los intereses comerciales y políticos de los Estados donantes, frente a las necesidades e intereses de los Estados receptores. Las posibilidades de

la cooperación internacional están mediadas por intereses individuales que someten la toma de decisiones a procesos de normalización, y no a la coordinación de políticas en favor de los países en vías de desarrollo, lo que permite la consolidación de los intereses políticos y comerciales de los países desarrollados.

En el tercer capítulo, Walter Arévalo y Laura Victoria García analizan el papel del sistema de comercio internacional en los procesos de gobernanza global, especialmente a través del objetivo 8 del Milenio, para verificar sus aportes a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, las metas post 2015 y la agenda 2030, en cuanto a defensa de los derechos humanos y promoción de la cooperación internacional. Según los autores, el propósito de resolver los problemas internacionales en la distribución de beneficios y fortalecer las capacidades de desarrollo podrá alcanzarse mediante la gestión y vigilancia internacionales de los sistemas financieros, monetarios y comerciales, de manera que cumplan con los principios de equidad, respeto a las normas y no discriminación necesarios para el desarrollo sostenible. Arévalo y García se proponen presentar un balance de la actuación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) como agente para la promoción del desarrollo, a fin de analizar si ha contribuido de manera eficaz al crecimiento económico y la generación de empleo, condiciones para la superación de las brechas entre los países desarrollados y los menos desarrollados. Así lo plantean el objetivo 8 del Milenio en su agenda hasta 2015 y post 2015 y las contribuciones de este objetivo a la llamada agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Los autores concluyen que la OMC se ha consolidado como escenario de discusión, no solo sobre desarrollo sino también sobre derechos humanos; de allí su relación con los Objetivos del Milenio y la búsqueda del desarrollo, pues debe contribuir a reequilibrar las relaciones comerciales internacionales con todas sus implicaciones y a solventar la resistencia de los países, tanto desarrollados como en desarrollo, a aceptar medidas económicas que puedan afectar sus intereses locales e internacionales. Por último, proponen la necesidad de avanzar en la consolidación de los siguientes puntos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: 1) hacer realidad el principio de igualdad material por encima de la igualdad formal, concibiendo un

trato especial y diferenciado hacia la equidad; 2) alcanzar el equilibrio en los acuerdos sobre comercio de productos agrícolas, ámbito en el cual la OMC debe tomar medidas más contundentes sobre seguridad alimentaria –reconociendo las diferencias entre agricultura comercial y agricultura de subsistencia– y eliminación de las subvenciones agrícolas en los países desarrollados; y 3) concretar acuerdos para estimular y asegurar la movilidad en el comercio de servicios, tanto calificados como no calificados.

En el cuarto capítulo, Daniel Hernández busca establecer algunas correlaciones entre la responsabilidad internacional asumida por el Estado colombiano en virtud de su adhesión a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la necesidad de introducir al sistema de administración pública –en arenas regionales y locales– reformas basadas en los conceptos de *gobernanza pública* y *gobernanza multinivel*. Para ello, describe de manera general algunos de los procedimientos del mecanismo de adhesión a la OCDE que deben surtir los Estados que aspiran a ser miembros permanentes, haciendo hincapié en las particularidades del caso colombiano. De igual manera, revisa el itinerario seguido por Colombia para cumplir con los requisitos y sugerencias elevados por el Comité de Gobernanza Pública. Esto lo lleva a profundizar en algunas de las reformas administrativas desarrolladas durante los ocho años de la presidencia de Juan Manuel Santos Calderón, las cuales buscaron modernizar y enriquecer los mecanismos de articulación y coordinación entre los niveles descentralizados del gobierno y el nivel nacional.

Finalmente, el texto intenta algunas reflexiones en torno a la comprensión tanto de los mecanismos de adhesión de los Estados a organizaciones internacionales como de los compromisos establecidos para tal fin, en tanto manifestaciones de lo que la literatura ha llamado *soft law*. También reitera el rol transversal que este tipo de compromisos juegan, no solamente como mecanismos de legitimación de los Estados ante el sistema internacional por cuenta del desarrollo de “buenas prácticas”, sino como una ventana de oportunidad para fortalecer procesos democratizantes en los ámbitos local y regional, en los que la mayoría de los atributos y funciones esenciales

de los Estados frente a la emergencia de nuevas formas de ciudadanía parecen concepciones lejanas y totalmente abstractas.

En el quinto capítulo, Walter Arévalo y Veronika Hölker analizan en qué medida la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia constituye un precedente novedoso en materia de justicia transicional, a la luz de las experiencias de tensión entre los instrumentos de gobernanza global –como los tribunales penales internacionales– y los desarrollos locales de justicia transicional en caso de conflictos armados internos. El análisis considera las experiencias internacionales en la materia y la tensa relación teórica entre los modelos de justicia transicional y la justicia penal internacional, reflejada en el Estatuto de Roma. Los autores evalúan la relación de la JEP con los mandatos actuales del derecho penal internacional, concentrado en la Corte Penal Internacional (CPI) y el Estatuto de Roma, teniendo en cuenta las obligaciones vinculantes que estos generan para Colombia y la pregunta sobre si la nueva jurisdicción podrá o no reflejar esos estándares, pregunta que ha obtenido respuestas controversiales de órganos tan diversos como la Corte Constitucional de Colombia y la Fiscalía de la CPI.

Continuando con estudios de caso sobre las nuevas fuentes de responsabilidad internacional del Estado, en el sexto capítulo Mario Urueña analiza la redefinición de la responsabilidad estatal a partir de la interacción con las compañías militares y de seguridad privada (CMSP). También estudia el rol de estas como nuevas formas alternas de ejercicio y delegación de funciones estatales clásicas que han sido entregadas a actores privados bajo lógicas neoliberales pero que impactan la responsabilidad internacional de los Estados. Considerando el auge, la consolidación y la decadencia de las CMSP angloamericanas, Urueña estudia las diversas vías de atribución de responsabilidad a los actores participantes en distintos tipos de conflictos, así como los desarrollos doctrinales para el análisis de sus conductas.

En esa misma línea de seguridad internacional, responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad internacional penal del individuo, en el capítulo séptimo Sebastián Correa Cruz presenta una visión panorámica sobre la obligación que tiene el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de remitir situaciones a la Corte

Penal Internacional y los parámetros legales del ejercicio de la competencia de este tribunal en relación con el Consejo de Seguridad, según lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de la ONU. Posteriormente, el autor muestra los desafíos involucrados y concluye con el planteamiento de mecanismos que permitan hacer seguimiento a las remisiones del Consejo a la CPI.

En el octavo capítulo, ampliando el debate anteriormente planteado sobre responsabilidad internacional del Estado y derecho penal internacional a las fronteras del derecho internacional de los derechos humanos y los tribunales regionales en la materia —especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, María Eugenia Goya y Ada I. Sánchez Echevarría abordan la cuestión de la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos. Se aproximan a este problema desde la coyuntura de la responsabilidad del Estado argentino por el incumplimiento de una parte de la sentencia *Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina* emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2011. A la luz de este caso jurisprudencial, las autoras estudian las consecuencias de la negativa de un tribunal superior nacional a ejecutar las medidas ordenadas por un tribunal internacional que implican la revocación de una sentencia con efectos de cosa juzgada en el derecho interno.

En el noveno capítulo, como cierre, Valeria Garbin Manfredini presenta un estudio de caso sobre la situación actual de Venezuela en materia de gobernanza local y crisis humanitaria. El documento correlaciona las políticas del gobierno venezolano con las circunstancias humanitarias de la población y explica las causas de la actual situación económica y social, que sido caracterizada como crisis humanitaria. Con esta contextualización, la autora procede a establecer una conexión entre la crisis y sus causas, el concepto de *responsabilidad del Estado* y las herramientas propias de la teoría de la responsabilidad de proteger en manos de la comunidad internacional.

CAPÍTULO I

Políticas públicas y globalización: el nuevo constitucionalismo como escenario de juridización de la política pública

Carlos Escobar Uribe (Colombia)

Introducción

Durante los últimos años, Latinoamérica ha presenciado un acelerado proceso de cambio, posiblemente paradigmático, en la concepción general del derecho. El influjo de novedosas corrientes de pensamiento jurídico, promotoras de la constitucionalización del derecho; el aumento de la importancia de la figura del juez dentro del ordenamiento jurídico, la crítica generalizada del formalismo, la defensa del carácter normativo de los principios y la concesión de márgenes amplios de interpretación son algunos de los elementos de reciente acogida en el ambiente académico internacional. Las constituciones argentina, colombiana y ecuatoriana son resultado y génesis de esa tendencia. La consagración de una amplia carta de derechos, la sofisticada distribución del poder público con una entramada telaraña de pesos y contrapesos y el acercamiento de los ciudadanos a las normas constitucionales con la instauración de acciones constitucionales son prueba de ello.

El presente escrito se inscribe en el debate sobre el papel de los tribunales constitucionales y su intervención en el proceso de formu-

lación e implementación de la política pública por los entes correspondientes en los niveles nacional, departamental, provincial y local. En el desarrollo constitucional del Estado moderno, la judicatura es la rama que más ha acrecentado su importancia en la arquitectura institucional, al punto que se ha convertido en pilar fundamental de la organización política estatal y en defensora por excelencia de los derechos sociales de las personas (De Sousa Santos, Leitão y Pedroso, 1995). Esta evolución se ha presentado por diversas causas, además de experiencias históricas, que han sido fuertemente vinculadas a las formas de Estado y al concepto de *constitucionalismo* en su versión del debate neoconstitucionalista.

Tal proceso implicó un cambio en el rol del juez constitucional que no solo es consecuencia y objeto de estudio del derecho constitucional, sino también de la teoría del derecho, pues “el (neo)constitucionalismo, como teoría del Derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos” (Comanducci, 2002, p. 97). Este cambio de paradigma ha puesto el derecho constitucional en el centro de la disciplina jurídica, posición que hace décadas ostentó el derecho civil.

En países como Colombia y Argentina, donde históricamente ha existido un déficit en la protección y materialización de los derechos sociales, la instancia constitucional ha tomado decisiones que intervienen, en términos relativos, en el proceso de formulación de las políticas públicas por el Estado. En la última década, cuando menos, los jueces han dado órdenes de protección de derechos sociales fundamentales, lo que ha implicado su inscripción en la agenda pública de la administración. Lo particular de estos eventos radica en que es el funcionario judicial quien funge como actor en el proceso de formulación de las políticas públicas, ya que las acciones que ha de iniciar el Estado para cumplir las órdenes judiciales y proteger los derechos fundamentales de una población deben materializarse en la formulación e implementación de esas políticas. Las decisiones judiciales de estos servidores públicos han sido objeto de debates constitucionales y críticas de todos los espectros políticos, debido a su nuevo papel en los procesos decisorios de la administración.

A partir de lo anterior se evidencian ciertas tensiones entre la formulación de políticas públicas y la decisión judicial. El presente escrito ilustrará algunos elementos teóricos de la relación entre derecho y política pública. La literatura sobre el tema muestra un tornasol de posturas y planteamientos: subordinación o dependencia, complementariedad o subsidiaridad, e incluso negación. La sola relación entre estos dos conceptos es ya un territorio de frontera innominado, que desde el punto de vista teórico se ha pretendido asimilar a la relación entre Estado y sociedad civil, dejando el derecho al primero y la política a la segunda. Así, se ha planteado la diferenciación entre lo “ideal” y lo “real”, llevando el derecho al campo de lo “real” y la política al de lo “ideal”, en términos de cumplimiento de las promesas de la sociedad, que el Estado deberá alcanzar desde el derecho y su incidencia en la formulación de la política pública.

El debate incluso ha llegado a plantear que la política está inmersa en el derecho, cuando los jueces, especialmente los constitucionales, adoptan decisiones políticas justificadas desde los ámbitos del derecho. Tales apreciaciones se fundamentan en la práctica, a través de la implementación de políticas públicas a partir de las decisiones de la justicia, en particular la constitucional, que inciden en los espacios públicos diferenciados de las esferas privadas, entendiendo al hombre en la política como un ser colectivo o social y, en el derecho, como uno que reclama individualmente sus derechos. Por ello, el estudio de esta relación nos acercará a la evaluación de la legitimidad que tienen los tribunales constitucionales para intervenir en los procesos de toma de decisión de la administración e identificar cuando se produce esa intervención.

Es de resaltar que, si bien el telón de fondo de nuestra aproximación es la teoría estándar de la división de poderes y la gestión del Estado –el gobierno, en suma–, el debate lo hemos planteado en el marco de la teoría de la decisión judicial y su injerencia en la formulación de la política pública por la administración estatal. Esto obedece a que la doctrina reciente (Rodríguez y Rodríguez, 2010) no ha analizado los supuestos que activan la intervención de los tribunales constitucionales, con lo que deja en segundo plano el debate sobre la legitimidad de las decisiones de los jueces constitucionales. En resu-

men, la práctica judicial, con el (neo)constitucionalismo como bisagra entre el derecho y la política pública, y las transformaciones que sufren ante la globalización como una realidad que afecta lo local, el papel de los jueces constitucionales y las políticas públicas como escenarios para garantizar los derechos sociales.

De esta manera, el propósito del escrito puede ser enunciado a través de tres ejes principales. De un lado, la articulación de los nuevos debates (neo)constitucionales con la garantía de la juridización y la garantía de los derechos sociales a través de las sentencias del juez constitucional. De otro lado, los derechos sociales entendidos como valores democráticos de cohesión social, que deben ser garantizados por el juez constitucional ante la precariedad del legislador para hacerlo. Finalmente, la globalización y su efecto en el campo jurídico. En otros términos, estos ejes se desarrollan evidenciando: 1) el marco constitucional contemporáneo y su relación con la juridización de la política pública; el epifenómeno derivado de lo anterior, que es 2) el activismo judicial que produce este constitucionalismo como posibilidad de garantizar derechos sociales; y 3) las políticas públicas y su relación con la globalización, en cuanto a su influencia en la toma de decisiones del juez constitucional.

Constitucionalismo y (neo)constitucionalismo

El constitucionalismo moderno se desarrolló en Europa a finales del siglo XVIII e inicios del XIX, con la finalidad de encontrar mecanismos normativos e institucionales que racionalizaran el poder del Estado, además de garantizar y proteger derechos fundamentales. Según Comanducci (2002), existen varias dicotomías sobre el constitucionalismo moderno, entendidas como ideologías jurídicas.

La primera distingue dos tipos de constitucionalismo: en sentido amplio y en sentido restringido. El primero se refiere a la “creación de una *–cualquiera–* constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el despotismo; y el segundo es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el despotismo” (p. 91). En esta dicotomía se identifican dos posiciones teóricas sobre el constitucionalismo:

[La primera] es la ideología que requiere una constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales; el segundo, llamado también liberal, [...] realiza un desarrollo ideológico más extenso, del cual se concluye que la constitución debe garantizar los derechos y libertades fundamentales frente al poder estatal. (p. 91)

De acuerdo con estas precisiones, se entiende que el constitucionalismo es una ideología usada para convertir una organización social en una forma de gobierno, por la cual a ese gobierno se le establecerán ciertos límites y atribuciones como marco de referencia para asegurar el cumplimiento de las funciones propias del Estado sin ir en detrimento de los derechos de los ciudadanos, los cuales finalmente son sus asociados¹.

Una segunda dicotomía surge del debate entre las corrientes denominadas constitucionalismo *de los contrapoderes* y constitucionalismo *de las reglas*. El primero supone que para cumplir su finalidad de limitar el poder, la constitución debe establecer un sistema de pesos y contrapesos; el segundo, que la constitución debe ser una carta de derechos que ha de anteponerse axiológicamente a otras regulaciones estatales, de modo que ninguna institución establecida después de la constitución esté facultada para obrar en contra de los derechos fundamentales consagrados en ella (p. 92).

La tercera dicotomía es la que existe entre el constitucionalismo *reformista* y el constitucionalismo *revolucionario*. Para el primero, es posible que el poder existente requiera un pacto o acceda a promulgar una nueva constitución de forma pactada; para el segundo, el acatamiento de una nueva constitución se produce ante el surgimiento de un nuevo poder, el cual necesariamente se instaure ante la destrucción o desmonte del anterior por vía de la revolución (p. 92).

El constitucionalismo decimonónico, fiel a su concepción de verdad mecanicista, digamos, explica el objeto de estudio a partir de

1 Véase la extensa producción de Rodrigo Uprimny y Mauricio García al respecto.

un modelo dicotómico con elementos claramente discernibles entre sí: la idea clara y distinta de constitución permite establecer un sentido y una historia, un sistema de categorías alternadas coherentes en un contexto revolucionario, que tienen como telón de fondo cognitivo el antes y el después de las grandes revoluciones, de las grandes teorías, de los inventos que cambian para siempre el mundo. Esa versión que podemos denominar, en clara conjunción con su contexto, constitucionalismo *mecanicista*, dista de la forma como hemos venido construyendo el mundo después de la segunda mitad del siglo xx. Hoy tomamos más en consideración las sinuosas continuidades, las variaciones sutiles; contemplamos los grandes cambios siempre en un marco mayor que el del acontecimiento específico. Una caída de la bolsa es parte de un continuum histórico más que un hito radical. La crisis de 1929 podía ser entendida para la historia como una ruptura, la crisis inmobiliaria del 2008 es parte de una situación estructural. Al conjunto de saberes constitucionales heredados de esta visión de mundo podemos denominarlo constitucionalismo *modulado*.

La construcción del conjunto de saberes teóricos del derecho constitucional ha pasado de las narraciones dicotómicas a los discursos que privilegian la manera en que las constituciones deben ser interpretadas, sus alcances y la forma de darles vida fuera del papel, como herramientas reales de garantía y materialización de derechos sociales fundamentales (Núñez Leiva, 2012, p. 150). A pesar de que el derecho ha estado más o menos al margen de las grandes discusiones en torno a la sociología del conocimiento, presentamos a continuación la reconstrucción que consideramos más general sobre el tipo de teoría constitucional que parece canónica en el estado actual de la discusión.

De acuerdo con Comanducci (2002, p. 96), Norberto Bobbio refiere tres corrientes básicas de (neo)constitucionalismo: teórica, ideológica y metodológica. La primera propone una reconstrucción del constitucionalismo en términos descriptivos, es decir, pretende recopilar sistemáticamente los avances en los movimientos y procesos constitucionales, en un esfuerzo positivista por integrar los diferentes postulados y consolidar un catálogo de derechos fundamentales, reglas y principios extraíbles de las constituciones. En síntesis,

el (neo)constitucionalismo *teórico* es un sistema positivista de estudio de las formas constitucionales contemporáneas, que busca generar presiones sobre los sistemas jurídicos actuales y tiene una pretensión altamente descriptiva (pp. 97-99).

El segundo, el (neo)constitucionalismo *ideológico*, muestra un claro cambio de acento respecto al llamado constitucionalismo moderno: el énfasis pasa del ejercicio constitucional a la protección y garantía de los derechos fundamentales. Este (neo)constitucionalismo no se limita en su ejercicio a las cartas constitucionales, sino que reflexiona sobre la armonización de todo el sistema jurídico con los postulados constitucionales interpretando estos siempre a favor de los derechos fundamentales. Los (neo)constitucionalistas ideológicos reabren el debate sobre las relaciones entre derecho y moral, apoyados en fuentes tan diversas como Alexy, Dworkin y Zagrebelsky, y redimensionan el ejercicio constitucional afirmando en últimas que hoy puede subsistir la obligación moral de obedecer la constitución y las leyes que son conformes a ella (pp. 99-101).

El tercero, el neoconstitucionalismo *metodológico o conceptual*, se centra en combatir la tesis según la cual siempre resulta posible identificar y describir al derecho *como es*, y distinguirlo por tanto del derecho como *debería ser*. Si bien reconoce que en las constituciones hay un componente del derecho que debe ser, sostiene que la fuerza normativa que se produce hoy en ellas hace imposible separar el contenido moral de la idealización presente en toda constitución (pp. 101-102).

Es posible, en suma, pensar que las constituciones y sus discursos de saber sintetizan debates fundamentales en las sociedades contemporáneas, dotan de contenido la idea siempre cambiante del bien común, ponen límites y definen las atribuciones del poder del Estado (Motta, 1995, pp. 207-208). En el caso latinoamericano, bien puede pensarse que son legítimas cartas de batalla política que modulan la moral social y determinan el contenido y sentido de las decisiones estatales.

Lo anterior quiere decir que el escenario más idóneo para entender el papel de la gestión pública en el conjunto de las decisiones estatales, en particular en las sentencias judiciales, es el de una “epis-

teme de modulación” presente en el constitucionalismo modulado, que caracterizamos como el tratamiento de los textos constitucionales contando como invariante analítica el resto del sistema jurídico y el campus de la política estatal como un todo.

Un buen ejemplo de ello es el tratamiento que desde el siglo XIX se ha hecho del concepto de *interés general* en el marco del derecho constitucional. A finales de ese siglo, la tradición constitucional latinoamericana –tomando como ejemplos las revoluciones norteamericana y francesa y los esfuerzos constitucionales subsecuentes– se inclinó por constituciones que defendieran los intereses particulares. En esta tradición liberal, se asume que “el interés general no es nada distinto al interés de los individuos que conforman la sociedad” (pp. 209-210). La colectividad se entiende entonces como la congregación particularizada de intereses, de manera que el bien común reside en defender esa autonomía dando garantías a la realización de los intereses particulares en que ella descansa. La máxima de la constitución colombiana de 1886, heredera de los postulados liberales del siglo XIX, era la maximización del bien particular.

En una vía alterna, se encuentran las ideas propias de la tradición comunitarista, que de plano rechaza la idea de la maximización del interés particular para alcanzar el interés general. La existencia de unos fines propios del ente colectivo ofrece una alternativa de superación de los intereses individuales y constituye un interés colectivo superior, en la medida en que la relación constante entre individuo y colectividad permite que los valores morales se construyan justamente en el seno de esa relación, haciendo “inseparables los valores individuales [de] los fines colectivos” (pp. 211-212).

Desde la segunda mitad del siglo XIX, la prevalencia del interés colectivo cambia de dimensiones, se aleja del ente totalizante del Estado y se ubica en una colectividad encarnada en las comunidades. La individualidad deja de ser fórmula de protección formal para convertirse en materia de defensa efectiva de los derechos, pues en estos reside el bien común de la colectividad. Verbigracia, en Colombia se optó en 1991 por la redacción de un documento constitucional que encarna ambas tradiciones: por un lado, el reconocimiento y la defensa de la individualidad; por otro, la promesa de garantizar derechos fundamentales a las colectividades. Como sostiene Motta,

la constitución colombiana, al recoger aspectos tanto individualistas como comunitarios para la orientación de las conductas colectivas, asume una pertinente ética cercana a la hibridación o constitucionalismo social, que en términos políticos, se denomina liberalismo social y en términos constitucionales, Estado social de derecho. (p. 213)

El abordaje modulado aboga por una constitucionalización del derecho que le confiere relevancia jurídica a la constitución, la cual deja de ser entendida como una mera carta política o directriz de orientación. Sus contenidos, que algunos dividen en dos partes –una dogmática y otra orgánica–, no solo sirven como pilar del Estado de derecho, que ahora adquiere carácter social, constitucional y democrático, sino que son herramienta de control normativo, e incluso instrumento de reivindicación de los derechos sociales de la población.

Así, el constitucionalismo de modulación puede comprenderse analíticamente exponiendo unidades comprensivas que determinan sus discursos, a saber: el papel del poder Judicial en la arquitectura constitucional (consecuencia) y la importancia decisiva del enfoque de derechos (invariante). La piedra de toque de nuestra cuestión (política pública y derecho) es la emergencia activa del papel del juez, quien deja de ser simple aplicador de la norma para convertirse en creador de derecho en casos concretos, y quien a través de mecanismos como la doctrina del precedente judicial tiene la posibilidad de generar auténticas reglas de derecho. En algunos casos, estas son de obligatorio cumplimiento por otros operadores jurídicos, no solo de la rama judicial, sino también de la administración del Estado y el Legislativo, el cual debe observar con atención los pronunciamientos proferidos por la Corte, so pena de viciar de inconstitucionalidad sus propias decisiones.

La invariante analítica es, decididamente, el ámbito de los derechos humanos en la estructuración jurídico-política del Estado contemporáneo, en particular el concepto de *derechos fundamentales*, que ha excedido el estricto ámbito de los denominados derechos de primera generación –de corte civil y político–, para incluir prerrogativas de carácter social, económico e incluso colectivo. Aunque siguen siendo derechos de tinte marcadamente liberal, su subjetivación y el esta-

blecimiento de mecanismos prácticos de defensa han permitido una “democratización” de esos derechos, que han dejado de ser de conocimiento exclusivo de un grupo privilegiado para convertirse en herramienta de acción a la que la mayor parte de la ciudadanía tiene acceso.

Derechos sociales, derechos de modulación

En el marco del Estado social de derecho, al lado de los derechos civiles y políticos, de naturaleza liberal, se reconoce la existencia de derechos sociales, que se diferencian de aquellos por su carácter prestacional: requieren una acción positiva de contenido económico por parte del Estado para ser garantizados de manera efectiva. Lo anterior implica que los derechos sociales son esencialmente progresivos, en el sentido de que solo pueden garantizarse en la medida en que el Estado cuente con los recursos materiales suficientes (y las normas jurídicas desarrolladas) para hacerlos efectivos.

Hemos de entenderlos en el marco de modulación por varias de las características compartidas con los fenómenos dinámicos. Su carácter progresivo explica por qué no son derechos de todo o nada; son prestaciones, graduales en contexto, y se garantizan por medio de decisiones complejas. A diferencia de los derechos civiles y políticos, en los que se asume la posibilidad de un reclamo frente al Estado cuando son violados o desconocidos, es decir, cuando se suspende o vulnera la esfera de su ejercicio, los derechos sociales requieren ser demandados para su efectivo reconocimiento, lo cual significa que el sistema jurídico-político no los garantiza *motu proprio* sino que su necesidad ha de ser visibilizada para poner en movimiento el aparato estatal con miras a su cumplimiento, mediante la efectiva implementación de políticas públicas².

2 Como señala Rodolfo Arango: “El cumplimiento de los derechos sociales, o sea, el cumplimiento de las obligaciones positivas correlativas, depende de las posibilidades fácticas y jurídicas de realización de las demandas legítimamente elevadas” (2006, p. 111).

Esta diferencia es registrada por Pietro Barcellona en relación con el modelo de Estado y, por esa vía, el modelo de ciudadanía que cada tipo de derechos comprende. Así, los derechos civiles y políticos están insertos en el contexto normativo y organizativo del Estado de derecho, en el cual se ejercen dos tipos formales de ciudadanía: la *política*, que implica la posibilidad de elegir representantes en las instituciones estatales, y la *civil*, que encierra la capacidad del individuo para actuar jurídicamente y relacionarse de esa manera con los demás. Según Barcellona, estos derechos “son reglas instrumentales que no atribuyen recursos, sino que definen modalidades de acciones, modelos de comportamiento, puestos a la libre disposición a fin de que cada uno pueda utilizarlos para realizar los propios fines privados” (1991, p. 31).

No se encuentra en ellos, entonces, ninguna pretensión de justicia. Sin embargo, estos derechos conllevan una ruptura con la organización social ya que “al realizar la igualdad formal de todos ante la ley, posibilitan la separación de la esfera económica de la esfera política y social” (p. 32). Esto implica la base de su cuestionamiento, ya que la expansión de la economía de mercado hace emerger un conflicto entre capital y trabajo, cuya respuesta histórica es el nacimiento del Estado social, en el que se suscita una ciudadanía *social*, entendida como aquella “de expectativas que cada ciudadano, en cuanto tal, expresa frente al Estado para obtener las garantías de seguridad necesarias [...]. Estas pretensiones se resumen esencialmente en el derecho a una cuota mínima de ingreso” (p. 29). Los derechos sociales, en este sentido, no pueden desligar la esfera económica de la política, y están orientados a la consecución de una igualdad sustancial.

La fundamentalidad de los derechos sociales ha sido reconocida generalmente por medio de la teoría de la conexidad, en virtud de la cual un derecho fundamental resulta afectado de manera indirecta por la afectación directa de otro derecho que no ostente esa categoría. Sin embargo, por la vía de la subjetivación, que defiende el profesor Rodolfo Arango, en algunas ocasiones los derechos sociales han adquirido fundamentalidad de manera autónoma, como ha sucedido,

por ejemplo, con el derecho a la propiedad³, o por aplicación del principio de progresividad y prohibición de regresividad⁴.

Ahora bien, la cuestión de la fundamentalidad de los derechos sociales remite a la de los derechos en general, para lo cual es necesario acudir nuevamente a Alexy, quien define los derechos fundamentales como “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de una simple mayoría parlamentaria” (1993, p. 432). Se debe recordar que para Alexy los derechos son posiciones jurídicas que pueden ser clasificadas en tres tipos: 1) derechos a algo, 2) libertades y 3) competencias (p. 186). Los derechos a algo pueden ser derechos de defensa –a que el Estado no impida acciones del titular del derecho, a que no afecte determinadas situaciones del titular o a que no elimine determinadas posiciones del titular– o derechos a acciones positivas –fácticas o normativas–. Por su parte, las libertades hacen referencia a lo que en lógica deóntica se conoce como permisión positiva y negativa, es decir, la posibilidad de hacer algo o no hacerlo. En cuanto a las competencias, son las capacidades de ejercicio de la capacidad jurídica del individuo.

Aunque Alexy señala que los derechos fundamentales son los que han sido consagrados como tales en la ley fundamental (constitución), admite que normas adscritas a ellos gocen de tal categorización, siempre y cuando sea posible ofrecer para estas una fundamentación jurídica fundamental. Por tanto, en palabras de Alexy, “que una norma adscrita sea o no una norma de derecho fundamental depende de que sea posible una argumentación iusfundamental para ello” (p. 70). Esta parece ser la fuente doctrinal de la teoría de la conexidad.

Alexy, al igual que Dworkin, aborda la distinción entre reglas y principios y se refiere a la ponderación como medio para solucionar las colisiones entre ellos. Sin embargo, sostiene que existe un principio absoluto, que es la dignidad humana, “por lo que no necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante”

3 Véase la sentencia T-381/93 de la Corte Constitucional de Colombia, m. p. José Gregorio Hernández.

4 Véase la sentencia C-228/11 de la Corte Constitucional de Colombia, m. p. Juan Carlos Henao.

(p. 108). El tratamiento alexiano de la dignidad ha sido de amplia recepción por la jurisprudencia constitucional colombiana. Para la muestra, a continuación se transcriben apartes de un fallo de denotada controversia e indiscutible actualidad, la sentencia C-355/06, por la que se despenalizó el aborto en tres circunstancias especiales:

El Estado existe para tener como fin a la persona humana, lo importante al interior de esta es la dignidad humana. Esta se establece en el centro del Estado. “Así las cosas, la dignidad humana se declara como presupuesto último, como el fundamento y la obligación del Estado que de ella se deduce como el fin supremo de una democracia en libertad” (Alexy, 1993, p. 345).

En consecuencia, la dignidad de la persona humana es violentada cuando se imposibilita o se despoja de la libertad de autodeterminación, excluyendo la “*responsabilidad respecto de sí mismo*”. De esta manera se excluye el valor propio del individuo, sinónimo de su dignidad.

La dignidad humana denota la absoluta posibilidad de que el individuo disponga de sí mismo y en correspondencia la imposibilidad absoluta de que otros individuos dispongan sobre él. Por ende, el mecanismo innato de garantía de dicha dignidad se circunscribe exactamente a la protección de la autonomía de la persona.

Así entonces, es con base en su soberanía donde el individuo halla el espacio predilecto para *pertenecerse a sí mismo* y tomar las acciones de libertad propias, cuyas consecuencias deberán ser asumidas por su asunción de propia responsabilidad.

De lo expresado, debe constatarse que la *libertad* hace parte intrínseca de la dignidad humana. Al respecto de lo que hace parte de la dignidad humana, afirmó Alexy: “La concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad” (p. 346, énfasis añadidos).

Este y otros apartes jurisprudenciales dan cuenta del importante papel que ha tenido la Corte Constitucional de Colombia en la protección de los derechos sociales de los ciudadanos a lo largo de los últimos veinte años. De allí que se afirme que el ala progresista del nuevo derecho ha prevalecido y que fallos con alto contenido garantista sean la regla general; esto refleja la incorporación de visiones del derecho cada vez más liberales.

Sobre la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos

El camino de exigibilidad y justicialidad de los derechos se produce en dos sentidos: de un lado, lo que se hace en los escenarios nacionales, a través de la constitucionalización de los derechos, la creación de mecanismos constitucionales para su protección y el desarrollo legislativo; de otro, su concreción en las políticas públicas orientadas por los gobiernos nacionales, departamentales y locales. Si bien las políticas públicas son una vía para la materialización de los derechos políticos y sociales, no son la única. Otra es la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos, que pueden diferenciarse entre civiles y políticos –con carácter de concreción inmediata– y sociales –de realización progresiva.

Courtis (p. 49) caracteriza los derechos sociales como *de grupos* y no *de individuos*, lo que implica la necesaria adscripción a un grupo para ser su beneficiario. Se trata de derechos *de desigualdades*, con pretensión de ser instrumento que las compense, y se derivan del intento de elaboración técnico-jurídica de posiciones jurídicas subjetivas –individuales o colectivas– configuradas en consonancia con la lógica de este paradigma (p. 51). Además, están orientados a equilibrar las situaciones dispares, a partir de la garantía de estándares de vida mínimos o mejores oportunidades para los grupos sociales, o mediante la compensación de las diferencias de poder en las relaciones que este produce (p. 50)⁵. El individuo está involucrado

5 El valor fundamental en materia de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica. A este respecto, Abramovich cita a María José Añón, “El test de la inclusión: los derechos sociales”.

en un contexto social desigual y al Estado le corresponde, a través de sus obligaciones, garantizar el equilibrio.

Otras tendencias son asociar los derechos, en particular los sociales, con el desarrollo y la lucha contra la pobreza –de allí que se los ubique en estudios de organismos internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Fondo Monetario Internacional⁶– y analizar el cumplimiento de los derechos sociales mediante análisis elaborados por los Estados o por organismos internacionales⁷.

De otro lado, Rodolfo Arango entiende los derechos sociales como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo” (2006, pp. 8-9). El carácter fundamental que les atribuye implica una correlativa obligación de garantía por parte del Estado, no condicionada o supeditada a los recursos que tenga. Arango establece una relación entre lo positivo y lo fundamental: desde lo fáctico, real o concreto se determina el contenido del derecho. Por tal razón, los derechos sociales son más que simples declaraciones de intenciones, y no se puede entender que existen únicamente aquellos que están positivados, es decir, incorporados en la norma a un reconocimiento no solo legal sino judicial. El reconocimiento es la manera en que el derecho concreta esos ideales sociales en relación con un individuo, pero dentro de un contexto de

-
- 6 Por ejemplo, el estudio de Ada Piazzese y Nicolás Calderón *Diálogo social en América Latina: un camino hacia la democracia ciudadana*, publicado por el BID en 2006. En *Estado de derecho y globalización*, Germán Burgos Ávila analiza la relación entre derecho y desarrollo entendido como crecimiento económico. El estudio de la Cepal sobre *Claves de la innovación social en América Latina y el Caribe* relaciona lo social con el progreso y aporta un componente importante en cuanto al diseño de políticas públicas y proyectos para la concreción de derechos. Otros estudios regulares sobre el tema son los informes de desarrollo humano del PNUD.
- 7 Por ejemplo, los informes sobre educación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

relaciones sociales. Cuando al reconocimiento le hace falta la justiciabilidad, entra la justicia constitucional a brindar esa garantía.

Para Courtis, la justiciabilidad se entiende como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de al menos algunas de las obligaciones que se derivan del derecho (p. 24). En esta medida, se entiende que un derecho social existe cuando existe un poder jurídico al que el titular del derecho, si se incumple la obligación de su garantía, puede acudir para su protección, y se entiende que es justiciable cuando puede ser exigido en el ámbito judicial.

En este punto se establece una relación entre la actividad judicial y la responsabilidad del Estado de acudir a políticas públicas para garantizar esos derechos. Citando a José Reinaldo de Lima López, Courtis señala:

El Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre. (p. 33)

Según el planteamiento de Arango, existe plena justiciabilidad cuando está garantizado el procedimiento para hacer exigibles los derechos en caso de incumplimiento de los entes gubernamentales. Lo anterior implica que, además del reconocimiento, debe declararse la responsabilidad de quien estaba obligado a cumplir, así como la forma en que se establecerá concretamente el derecho y su reparación integral. La justiciabilidad, agrega Arango (2006, p. 116), incluye el reconocimiento y su exigibilidad; por eso los usa como sinónimos, aunque aclara que el reconocimiento es condición necesaria pero no suficiente para la justiciabilidad.

En síntesis, los derechos sociales se concretan en dos escenarios: la formulación de políticas públicas, que es el escenario natural, y el escenario judicial, que se ha caracterizado en materia de reconocimiento de derechos sociales como activismo judicial. La relación entre las políticas públicas y la concreción de los derechos sociales ha

sido estudiada, entre otros, por Pérez (2007), a partir de la definición de un enfoque de derechos sociales en las políticas públicas y su incorporación al contexto del desarrollo humano como garantía para que los individuos aprovechen sus potencialidades y capacidades y alcancen condiciones de vida digna.

Víctor Abramovich menciona algunos casos de exigibilidad de los derechos sociales en América Latina:

La jurisprudencia de los tribunales nacionales en los países de la región brinda ejemplos de algunas vías que ya han sido exploradas con éxito para exigir al Poder Judicial local el cumplimiento de su función de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. En tal sentido, se ha logrado que los jueces obliguen al Estado a suministrar medicamentos a todos los portadores de VIH-sida de un país; a fabricar una vacuna y proveerla a todos los habitantes afectados por una enfermedad endémica; a crear centros de atención materno-infantil para un grupo social discriminado; a proveer de agua potable a toda una comunidad indígena; a extender la cobertura de un beneficio educativo o asistencial a un grupo originariamente excluido; a reintegrar a una escuela secundaria privada a alumnos que sufrieron una expulsión injustificada, entre otros casos relevantes⁸.

En síntesis, lo que se pretende plantear es que la relación entre derecho y política pública no debe basarse en una caracterización meramente funcional; la colaboración armónica e incluso las versiones modernas del equilibrio de poderes basan los criterios funcionales en una lógica de mínimos. Una cláusula básica de competencias es más eficaz que diferenciaciones fuertemente funcionales. En la búsqueda de los fines esenciales del Estado y el cumplimiento de los derechos

8 Abramovich señala que en la investigación *Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, publicada por el IIDH en 1999, se exponen experiencias de Argentina, República Dominicana, Venezuela y Nicaragua.

y garantías sociales, la articulación entre estos actores es un camino eficaz: 1) los jueces y sus fallos, que exigen la concreción de derechos exigibles al Estado, sean individuales o colectivos, 2) el gobierno y las políticas públicas que se diseñan para su cumplimiento, y 3) el Legislativo y su producción.

El activismo judicial: propuesta para garantizar derechos sociales

El activismo judicial se ha desarrollado como una propuesta novedosa para garantizar derechos sociales, ante la imposición del modelo económico de mercado que se configuró e impuso en el contexto latinoamericano. Ese activismo y su relación con las decisiones de los jueces constitucionales han recibido varias críticas; en primera instancia, como señala Mauricio Martínez (2009, p. 65), porque la independencia del juez constitucional puede verse limitada por la política y puede hacerse relativa, dadas las presiones mediáticas e incluso el tipo de vinculación o de permanencia en el cargo.

La imparcialidad y la legitimidad deben regir la argumentación y la justificación de las decisiones de los jueces constitucionales, lo que implica que estos no pueden tomar decisiones discrecionales: deben sujetarse a los principios y reglas de la constitución. Sin embargo, en la práctica parece ser otro el resultado porque los jueces no son apolíticos; pertenecen a partidos y tienen ideologías determinadas que, dada la indeterminación de la norma, pueden salir a flote. Más aún cuando los poderes de interpretación van incluso a la verificación jurídica, de comprobación de hecho, de connotación o comprensión equitativa y de disposición o valoración ética-política (pp. 80-81). Sería ingenuo decir que la justicia constitucional no es política y que implica un acto de poder, lo que lleva a concluir que esta justicia es un escenario de transformación de la sociedad, en cuanto crea derecho y protege derechos.

Una segunda crítica viene desde el constitucionalismo aspiracional de García Villegas (2006, p. 215), quien ve como la mayor dificultad el aseguramiento de la seguridad jurídica y los criterios económicos, como el principio de maximización de la riqueza, que podrían derivar en que los derechos sociales no sean judicializables, sino que tengan apenas un efecto simbólico o programático. La garantía de la

equidad y los derechos sociales no puede ser únicamente legislativa ni depender de que se concluya técnicamente que hay presupuesto para ella; no es plausible que el derecho se subordine a la economía y los derechos queden reducidos a libertad y propiedad.

García Villegas plantea que el progresismo es la justiciabilidad de los derechos sociales, y por eso se requieren constituciones aspiracionales, aunque riñan con el principio de maximización de la economía y la seguridad de los derechos de propiedad. La dificultad radica entonces en cómo hacer cumplir una constitución aspiracional en un contexto de debilidad institucional, desigualdad social y fragilidad de los movimientos sociales.

Tras preguntarse si los jueces progresistas pueden hacer transformaciones, si la emancipación social puede alcanzarse por la vía judicial y específicamente por el derecho, García Villegas recuerda (pp. 221-222) las posiciones que sobre este punto se esgrimían en la década de los ochenta: la sociología del derecho afirmaba que a través de las decisiones judiciales se logran cambios, mientras que los estudios críticos del derecho no le daban esa utilidad práctica, y una visión moderada le reconocía cierto papel como favorecedor de los movimientos sociales. El autor afirma:

El constitucionalismo aspiracional es importante para las prácticas políticas en la medida en que, por un lado, facilita la conciencia política emancipatoria de algunos grupos sociales excluidos y, por otro, facilita estrategias posibles de acción legal y política para remediar la situación de los afectados [...] ayuda a crear la identidad del sujeto político. [...] El constitucionalismo aspiracional puede incidir de manera favorable en la realidad social y política cuando es capaz de inculcar en la mente de los miembros de los movimientos sociales y de las personas, en general, un espíritu anticonformista, que se funda en la afirmación autorizada de que la injusticia existe y debe ser remediada. (p. 226)

A este protagonismo judicial se refiere Boaventura de Sousa Santos al estructurar la sociología crítica de la justicia con miras a indagar los diferentes sistemas de justicia, bajo el presupuesto de que el

protagonismo judicial tanto en Europa como en América constituye un fenómeno intrigante para la sociología política y la ciencia política contemporáneas, precisamente por la posición del juez en la definición y concreción de problemas sociales (2009, pp. 76-85). El asunto se enmarca también en el debate entre derecho constitucional y teoría política, en la medida en que los jueces intervienen para solucionar problemas sociales estructurales (Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 31).

El protagonismo judicial presenta un nuevo reto de análisis desde la sociología política y jurídica, como lo plantea De Sousa Santos; sin embargo, es claro que las otras ramas, Gobierno y Legislativo, deben recuperar sus funciones y no dejar que el cumplimiento de los derechos sociales quede garantizado únicamente después de ejercicios adversos de demandas ante el poder Judicial, que no solo terminan por desgastarlo sino que limitan el ejercicio universal de los derechos sociales a todos los individuos.

El protagonismo judicial puede generar nuevos escenarios de participación para los jueces, ya que no se limita a establecer órdenes cerradas de protección de derechos, en las que específicamente determina qué se debe hacer, y órdenes abiertas, en las que solo atribuye al poder político la función de desarrollar políticas públicas, sino que –como en el caso colombiano de la sentencia sobre desplazamiento forzado– puede emitir órdenes abiertas con supervisión. Así, termina siendo un espacio de deliberación en donde se materializa el seguimiento de las políticas públicas a cargo de los individuos y de los poderes Ejecutivo y Judicial.

Relación entre derecho, política y políticas públicas

Sobre la relación entre derecho y política

Partimos en este escrito de un postulado fundamental, a saber, que la relación entre derecho y política constituye uno de los puntos de encuentro para el fortalecimiento de la democracia. La realización de

los derechos humanos y el fortalecimiento de la capacidad institucional y de la ciudadanía en contextos globales se traducen directamente en el fortalecimiento de la democracia. La consecuencia analítica de este postulado es la ampliación del concepto de *democracia*, que sigue muy circunscrito al ámbito electoral. En ese marco, esperamos que analizar la interacción entre política y derecho a partir de la propuesta autopoiética de Luhmann, la democracia consensual de Rawls, la democracia discursiva de Habermas o propuestas alternativas, como la de Pierre Rosanvallon, pueda dar luces sobre la estructura del argumento inicial. Dicho de otra manera, buscamos concretar un escenario ideal de relación entre derecho y política como una apuesta por la realización de los derechos de los individuos en una sociedad, en relación con la justiciabilidad y los derechos sociales y en el marco de las políticas públicas y las sentencias de los tribunales constitucionales.

Al analizar los principales modelos democráticos que responden a la crítica de la democracia liberal, se observa que en el modelo luhmaniano la relación entre derecho y política sencillamente no existe, porque ambos son considerados autopoiéticos y autorreferentes y constituyen subsistemas del sistema social. Para Luhmann la política es expansiva —en tanto rectora de la sociedad y destinataria de todos los problemas sin resolver— y restrictiva —en tanto función con limitaciones y posibilidades—. Su teoría del Estado de bienestar constituye “un método de reflexión *del sentido, las posibilidades y los límites de la política bajo condiciones actuales y futuras*” (2006, p. 157).

En el modelo de democracia consensual de Rawls, la relación entre derecho y política se concreta en dos escenarios. Por una parte, en el consenso traslapado, por la relación directa entre el derecho, visto a través de la constitución y las leyes, y la política, basada en la concepción de justicia a partir de las percepciones de los individuos y la sociedad que se descubren en la cultura política. Y por otra, a través de la razón pública, la razón de los ciudadanos que comparten la calidad de ciudadanos en igualdad (p. 204) y constituyen la forma de establecer controles a elementos constitucionales esenciales y cuestiones de justicia básica.

En Habermas, la relación entre derecho y política se aprecia por un lado en el constitucionalismo, que da prioridad a la consti-

tución y a la legitimidad de la jurisdicción constitucional más desde la política que desde el derecho, y por otro en el papel del tribunal constitucional como garante de que la producción de normas ocurra bajo la política deliberativa que la hace legítima (1988, p. 348). Esta propuesta de democracia deliberativa resulta relevante en la relación entre derecho y política por su análisis sobre la circulación de poder, ya que la administración es entendida como poder administrativo y poder social. Se analiza el peso empírico de la circulación de poder que depende de la sociedad civil, vista a través de espacios públicos autónomos y capaces de transmitir los conflictos de la periferia al sistema político (pp. 408-409).

Al considerar la propuesta contrademocrática de Rosanvallon para abordar la relación entre derecho y política, es interesante revisar esta cita: “El voto y el juicio son [...] dos procedimientos distintos que buscan un mismo objetivo: decidir con vistas al bien común” (2007, p. 191). Esta afirmación relaciona lo político y el derecho desde la aplicación práctica con un fin previamente identificado, que es común a los dos. Rosanvallon plantea las concepciones democráticas en tres dimensiones, que resultan interesantes en la concreción de la relación entre derecho y política como ideal al que ambos deberían llegar en un ejercicio democrático consolidado. Estas dimensiones son: 1) el gobierno electoral representativo, que involucra la participación, expresión y representación de los ciudadanos, la legitimidad de los poderes y los mecanismos de control y responsabilidad de los poderes públicos y de la reactividad de la sociedad; 2) la actividad contrademocrática, que se refiere a las prácticas de obstrucción, control y juicio de la sociedad para presionar a los gobernantes; y 3) el trabajo de lo político, en tanto trabajo reflexivo y deliberativo para elaborar reglas de constitución de un mundo común, como principios de justicia y articulación entre lo público y lo privado (pp. 281-282).

De las anteriores lecturas habrá que establecer puntos en común que favorezcan espacios de debate jurídico-político sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, a partir del análisis de su situación fáctica (violación o protección) por el juez constitucional, que se escenifican en la formulación de políticas públicas por los entes gubernamentales que administran el Estado social de derecho.

La justiciabilidad de los derechos sociales se ha concretado en su reconocimiento en las constituciones nacionales, en algunos tratados sobre derechos sociales y en los trabajos de los tribunales constitucionales. Estos trabajos nos acercan al problema de legitimidad del derecho contemporáneo, ante la falta de responsabilidad política por la omisión del legislador frente al déficit de derechos sociales para la ciudadanía, que no encuentra dolientes para sus reclamos. Ante el deterioro del interés general y la acción del Estado en la formulación de políticas públicas, el nuevo orden jurídico –construido por varios centros y actores– resalta el papel del juez constitucional como actor relevante en el proceso de garantizar los derechos sociales a través de la formulación de políticas públicas. En ese proceso, el juez constitucional tiene la capacidad de influir en las acciones del Estado y las entidades gubernamentales, mediante la interpretación de los valores políticos que la sociedad ha difundido como propios en las democracias y los Estados liberales (Sierra Cadena, 2009, p. 169).

La legitimidad del juez constitucional es el centro del debate político y jurídico contemporáneo, que busca comprender el papel y la dimensión del juez en el Estado de derecho. Al respecto, José A. Jiménez manifiesta:

El tribunal constitucional obtiene su legitimidad no tanto porque sus miembros sean elegidos de acuerdo con cierto método, lo que no deja de tener importancia, [...] la legitimidad la obtiene de sus decisiones, o mejor dicho, antes que por sus decisiones, por la manera en que las alcanzan, por la manera en que las fundamentan. En este sentido Habermas defenderá, como hemos visto, una interpretación procedimental de la constitución, a través de la cual legitimará su actuación. [...] La propuesta de Habermas es impecable, en tanto que la tomemos como aquello que indica lo que el tribunal constitucional debe hacer, es decir, en tanto que la entendamos como formulación de su programa, que debería ser la “guía”

de actuación del mismo, así como su transgresión constituirá la razón y justificación de la crítica de sus decisiones. (*La legitimidad del juez constitucional*, citado en Sierra Cadena, 2009, p. 168)

De otro lado, los debates giran alrededor de si las decisiones del juez constitucional están regidas por o apegadas a la interpretación de la constitución, o si respetan los límites impuestos por ella. En este sentido, los defensores de la intervención del juez constitucional para garantizar el respeto y la protección de los valores democráticos en el Estado social de derecho, ante intereses privados o abusos del poder público, reconocen el carácter político de sus decisiones. Queda en evidencia la dimensión política del juez constitucional, por la naturaleza de sus decisiones, las cuales tienen el carácter de decisiones de poder, así su origen sea jurídico y constitucional (p. 169).

Robert Alexy justifica esta postura desde el mismo derecho, al sostener que los derechos sociales son de *prima facie*, postura desarrollada en Colombia por Bernal Pulido:

Los enunciados de los derechos fundamentales sociales dan lugar a normas y posiciones *prima facie*, que admiten restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas. [...] Según esta teoría, las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales se concretan en posiciones que imponen al legislador un determinado deber de legislar. [...] En esta estructura, el individuo tiene *prima facie* un derecho no a un mínimo sino a todos los medios naturales necesarios para el ejercicio de sus libertades, de los derechos políticos y para el cubrimiento de sus necesidades básicas. [...] La de protección deficiente ha ocupado el centro de una interesante polémica doctrinal, inaugurada por la sentencia que el tribunal constitucional alemán pronunció en el segundo caso sobre el aborto [...]. Este tribunal sostuvo [...] que el legislador debe observar las exigencias de la prohibición de la protección deficiente en la configuración de los deberes de prestación y de protección estatal. [...] Toda admisión absoluta o relativa que

constituye una intervención en un derecho social es inconstitucional a menos que esté justificada por las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. (*El derecho de los derechos*, citado en Sierra Cadena, 2009, p. 169)

Sierra Cadena afirma que la doctrina jurídica alemana, por la cual el juez constitucional interviene en la tutela de los derechos sociales y su concreción en derechos fundamentales ante la omisión del legislador para protegerlos y garantizarlos, es una idea de *prima facie* de los derechos sociales. Estos se materializan en mandatos objetivos que le competen a la administración del Estado y se concretan en la formulación de políticas públicas. *En este sentido, los derechos sociales y las políticas públicas guardan una unidad indisoluble, donde el juez constitucional regula y garantiza los derechos sociales de los ciudadanos* (pp. 169-170).

Así, el desarrollo del derecho constitucional y la teoría constitucional involucra la doctrina de los intereses constitucionales protegidos y los fines legítimos de la acción del Estado como principales dispositivos en la definición de la estructura institucional legal intrínseca al esquema de libertad ordenada en las sociedades democráticas. Por eso resulta indispensable relacionar temas que se consideran teóricos en el ámbito constitucional, como los tipos de democracia, la relación entre Estado y sociedad, las características esenciales de la organización social y los derechos que el Estado debe proteger a los miembros de la sociedad.

Más allá de las dificultades de la norma fundamental como tal, si responde o no a la realidad social, y del paradigma en que esté ubicada, la pregunta es si el escenario judicial es el único en el que se puede concretar el ideal de garantizar los derechos sociales de la ciudadanía. Al respecto, estudios del profesor Rodrigo Uprimny (García y Uprimny, 2004) sobre algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana consideradas progresistas parecen responder que sí. Sin embargo, existen también diversas fuentes normativas de carácter internacional y nacional que garantizan el cumplimiento de los derechos y explicitan quién debe hacerse cargo. Un ejemplo

son los derechos establecidos en el tratado sobre los DESC (derechos económicos, sociales y culturales). Esto supone implícitamente una disminución del poder de los Estados y un aumento del poder de las organizaciones internacionales que definen cuáles son los derechos sociales y cuáles su contenido y alcance. Como esto se deriva de espacios institucionales creados y autorizados con anticipación por los Estados –por ejemplo, decisiones adoptadas en las instituciones dependientes de la ONU– lleva un velo de legitimidad y consenso que no es refutable.

Aunque la teoría constitucional generó un espacio de confluencia entre las teorías jurídica y política, estas no pueden entenderse como patrimonio del derecho. Tampoco como algo lejano, según lo plantea la tradición del movimiento Critical Legal Studies (CLS): los jueces constitucionales toman decisiones políticas. Para Duncan Kennedy (1997), el juez falla políticamente pero lo esconde, lo que implica un alto grado de vulnerabilidad frente a la seguridad del ordenamiento jurídico, en la medida en que los jueces tendrían la posibilidad de reformar el derecho al margen del Parlamento, de las decisiones mayoritarias.

El movimiento CLS propone una concepción del derecho y su lugar a partir de una revisión de la sociedad en el contexto de la práctica política, de modo que se logra disminuir la brecha entre lo teórico y lo práctico. Así lo plantea Unger (1983) a propósito de la preocupación de ese movimiento por el formalismo y el objetivismo: el primero entendido como método de justificación legal contrastado con los términos básicos de la vida social y las disputas consideradas ideológicas, filosóficas o visionarias, y el segundo entendido como conjunto de materiales legales autoritarios –estatutos, casos e ideas legalmente aceptados– incorporado y sostenido en un esquema defendible de asociación humana.

Sin embargo, la concreción de los derechos humanos a través de la justicia constitucional ha llevado a que se hable de un activismo judicial paralelo al deterioro de los otros poderes, y de un seguimiento riguroso de los jueces constitucionales a las políticas públicas. Este activismo judicial o protagonismo de los jueces en la concreción de los derechos humanos ha sido denominado *neoinstitucionalismo pro-*

gresista y constituye una tendencia mundial, lo que se puede apreciar en casos de la India, Suráfrica y Argentina y en el “caso estructural” de la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia (Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 16).

Los jueces –el activismo judicial– vienen a determinar un contrapeso y una respuesta cuando hay ausencia o deficiencia de políticas públicas que garanticen los derechos sociales, económicos y culturales. Como se plantea respecto de la mencionada sentencia T-025 de 2004 y los autos que la complementan, se refuerza el efecto de la política pública y se logra un desestancamiento de los bloqueos institucionales (pp. 191-245).

Retomando lo planteado por el profesor Commaille (2010, p. 73), *el fenómeno de judicialización de lo político se manifiesta especialmente en dos ámbitos: en las políticas públicas y en la defensa de los derechos fundamentales*. Sin embargo, la forma tradicional en que se desarrollan ambos temas requiere de ajustes que respondan a las nuevas necesidades, problemas y retos de las sociedades globales, ya sea por vía de nuevas propuestas democráticas, de políticas públicas o incluso del neoconstitucionalismo o constitucionalismo global. Es preciso superar las tres rutas por las que ha avanzado la tendencia global del constitucionalismo: 1) la transición única, a través de la incorporación del control constitucional a las constituciones de regímenes semidemocráticos o autoritarios; 2) la transición doble, que incorpora los derechos constitucionales y el control constitucional; y 3) el cambio moderado, que no implique la adopción de nuevas constituciones sino solo algunas modificaciones (Rodríguez, 2009, pp. 38-39).

El neoconstitucionalismo se ha traducido en la adopción de nuevas constituciones o de reformas constitucionales que incluyan una carta de derechos con mecanismos para su protección y un control constitucional por un alto tribunal constitucional. Sin embargo, estas propuestas han respondido también a un contexto neoliberal, producto de la globalización, que ha generado un trabajo conjunto para la defensa de los principios de la democracia liberal (p. 44).

El constitucionalismo global, por su parte, *pretende limitar el poder global a través de la adopción de valores como normas jurídi-*

cas internacionales que sirvan como defensa en contra de los abusos del poder global (Ureña, 2010, p. 14). En el fondo, lo que se propone es crear una constitución con efectos globales que restrinja el ejercicio de ese poder público global. El constitucionalismo global tiene dos vertientes: una sustantiva, referida al núcleo duro del orden jurídico internacional, que limita el poder global, y una procedimental, que promueve ciertas reglas de juego pero no es tan rígida como la sustantiva, de modo que se pueda recuperar la relación entre política y derecho en un escenario de gobernanza global.

En estos términos, resulta interesante analizar si es necesaria la concreción del constitucionalismo global para hacer viable la propuesta de un escenario jurídico-político de formulación de políticas públicas globales donde tanto sustancial como procedimentalmente se garantice el uso de reglas claras y se explicita la forma como se prevenirían los abusos y excesos del poder global, o bien la imposición de discursos ideológicos o dominantes a través del proceso de toma de decisiones para la protección y garantía de los derechos humanos.

Políticas públicas y globalización

Antes de entrar al debate sobre la política pública y la incidencia de la globalización en su formulación por los entes gubernamentales encargados, es importante acercarnos a su definición, que varios autores han intentado. Como señala André-Noël Roth, las definiciones van desde las más amplias hasta las más restrictivas; por ejemplo, para algunos autores, la política pública corresponde a todo “lo que el gobierno decide hacer o no hacer; o la acción gubernamental dirigida hacia el logro de fines fuera de ella misma y, finalmente, [...] un programa de acción de una o varias autoridades públicas en un sector o territorio definido” (2009, p. XIII). Varela Barrios entiende la política pública como el campo de espectros donde se ponen en marcha las decisiones gubernamentales, lo que implica respuestas a las demandas sociales, impulsadas por las comunidades, la ciudadanía, los grupos de interés o las decisiones propias del gobierno (2007, p. 73). Y Alejo Vargas la concibe como “el conjunto de sucesivas iniciativas, decisio-

nes y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas o llevarlas a situaciones manejables” (1999, p. 25). De estas definiciones puede concluirse que alrededor de la política pública existe una infinidad de debates, que se complejizan con las reconfiguraciones que ha sufrido el Estado en las últimas décadas, la incidencia de los nuevos actores globales en su formulación y la participación de lugares de decisión estatal, como el sector de la justicia, en su implementación.

El interés por estudiar las políticas públicas nació y se desarrolló en las universidades anglosajonas. El punto de partida fue un campo de análisis diferente, el *Public Management*, entendido de forma específica al abordarlo como *management estratégico*. A partir de los cincuenta, en los Estados Unidos y otros países de habla inglesa comenzaron a realizarse estudios descriptivos y un tanto realistas sobre el funcionamiento de las instituciones gubernamentales. Estas conceptualizaciones tenían como finalidad otorgarle al estudio de las políticas públicas un enfoque descriptivo (Varela Barrios, 2007, p. 77).

En primer lugar, hay que señalar que las políticas públicas también están inmersas en paradojas y debates⁹, aunque de reciente aparición, porque tradicionalmente su análisis se concretó en etapas dentro de las que se encuentran la formulación, la implementación y

9 Existen diferentes corrientes sobre el estudio de las políticas públicas. Entre las anglosajonas se destacan los trabajos de Dye, Parsons, Nagel, MacRae, Wilde, Dunleavy, Lane, May, Frohock e Easton Rothwell. Entre las europeas, sobresalen los desarrollos teóricos de Mény y Thoenig, Muller y Surel. En América Latina se puede mencionar a André-Noël Roth, con *Políticas públicas* (2002) y *Discurso sin compromiso* (2007), obra en la que desarrolla el tema de las políticas públicas en derechos humanos; Gabriel Jaime Vélez, que en su *Ensayo sobre políticas públicas* (2007) se refiere a las “redes de políticas públicas: una mirada estructural de la toma de decisiones estatal”; Jorge Iván Cuervo, con el artículo “La definición del problema y la elaboración de la agenda”; Alejo Vargas con *Notas sobre el Estado y las políticas públicas* (1999) y Carlos Salazar con *Políticas públicas y think tanks* (2009), entre otros.

la evaluación; estas a su vez se realimentan, en lo que se conoce como teoría del ciclo. Estos procesos constituyen el objeto de estudio de las políticas públicas como corriente de investigación que permite su revisión frente a la concreción de los fines asignados al Estado. El proceso inicial de formulación de la política pública incluye un procedimiento que implícita y explícitamente relaciona actores, problemas y escenarios institucionales y no institucionales. Tradicionalmente se han considerado como actores los Estados y la sociedad civil, aunque existen otros grupos o categorías que se definen según el ámbito de las políticas públicas, ya sean sectorizadas, por derechos o por coyunturas.

En esta medida, el proceso de formulación de políticas públicas implica una definición de actores clave, con posibilidad real de intervención, participación y representación. Estos determinan los problemas que se canalizan a la agenda pública y contribuyen así a la formación de la política pública, específicamente al proceso de toma de decisión, para escoger una solución dentro de las alternativas posibles. Es indispensable conocer las relaciones entre los actores y el ejercicio de poder de cada uno, con miras a garantizar la legitimidad, validez y eficacia de las políticas públicas, conceptos que orientan no solo la acción de los Estados sino la participación de otros actores clave, como la sociedad civil y la ciudadanía en general.

Si en un principio las políticas públicas eran monopolizadas por los Estados-Nación soberanos, hoy se ven desafiadas en tres frentes. En primera instancia, por el proceso de insubordinación del poder político a las sociedades civiles: este revierte el acentuado papel del Estado keynesiano, que monopolizaba lo público. Al edificarse las vertientes de opinión denominadas organizaciones sin ánimo de lucro o *tercer sector*, estas expresan e intermedian los nuevos procesos de reclamación ciudadana por vía democrática. Las iniciativas del tercer sector buscan la formulación de políticas públicas que le otorguen un mayor empoderamiento a la ciudadanía para controlar y fiscalizar las actuaciones del gobierno, sobre la base de una mayor gobernabilidad (Varela Barrios, 2007, p. 78).

El segundo desafío radica en las enormes interdependencias producto de los flujos globalizadores que inciden en la formulación

de las políticas públicas por los gobiernos. Estas se centran en ámbitos transnacionales; por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio, OMC (regulaciones comerciales); el Fondo Monetario Internacional, FMI (políticas monetarias y fiscales), y los organismos filiales de la Organización de las Naciones Unidas, ONU (políticas sobre salud, educación, cultura, recreación y medio ambiente) (pp. 80-97).

Finalmente, el tercer desafío corresponde a las agendas políticas que atienden conflictos sociales y políticos, enfocadas durante las tres últimas décadas en la promoción, el respeto y la defensa de los derechos humanos. Se relaciona con asuntos de seguridad ciudadana, seguridad nacional y combate a la producción, comercialización y consumo de drogas narcóticas. En este mismo bloque se encuentran las políticas públicas encaminadas a garantizar la gobernabilidad, la pacificación y el orden internacional, así como el control del crecimiento demográfico, el mejoramiento del bienestar de la población y la ralentización de la migración y movilización planetaria de poblaciones (p. 88).

De esta forma, los procesos de formulación de políticas públicas deben entenderse como espacios de articulación entre actores, de participación, consensos y disensos que permiten la presentación conjunta de problemas y la postulación conjunta de alternativas de solución, para llegar a la formulación conjunta de políticas públicas a través de la deliberación. Sin embargo, este ejercicio ha sido debatido desde las perspectivas internas de cada Estado, con la participación de sectores de la sociedad civil que intervienen en la definición de las políticas públicas. Las relaciones que surgen en torno a esta dinámica se complejizan cuando se trasladan al espacio global, es decir, cuando en el ejercicio del poder intervienen órganos multilaterales, ya sean económicos –como el FMI o el BM– o políticos –como la Asamblea de las Naciones Unidas–; en el caso latinoamericano, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) e incluso la OEA.

Estas transformaciones en los ámbitos locales e internacionales inciden en los nuevos desarrollos teóricos, que analizan no solo la formulación de las políticas públicas como metodología de investigación social (Quiñones, 2007, p. 38), sino el núcleo esencial de ellas como

disciplina (Roth, 2007b, p. 57), para explicar sus paradigmas y los enfoques o posturas epistemológicas en que se fundamenta su análisis.

El análisis de las políticas públicas se puede ubicar en diferentes paradigmas o corrientes teóricas (Quiñones, 2007, p. 38). Por ejemplo, desde el pensamiento liberal, que se fundamenta en la autonomía de los individuos y en un Estado libre de determinantes aunque sometido a la influencia de los más poderosos, por lo que pierde imparcialidad y legitimidad (p. 40), se cuestiona que las políticas públicas sean percibidas solamente como acciones del Estado. El enfoque interdependista propone que el Estado, aunque centro del debate y del ejercicio del poder, no sea el único actor en torno al cual giren las relaciones surgidas de la globalización (p. 41).

Si el análisis se ubica en la corriente del realismo, contraria al liberalismo, el peso preponderante lo tiene el Estado a través del ejercicio legítimo de su fuerza, y las políticas públicas se reivindican como su quehacer. De ese enfoque surge la teoría de las elites como fundamento de minorías dirigentes o elites democráticas (pp. 43-44), en la cual las políticas públicas se convierten en las preferencias de estos grupos. En el modelo democrático schumpeteriano (p. 44), varias elites compiten entre sí y requieren aliados que están por fuera de ellas pero son determinantes para su triunfo. El neocorporativismo, por su parte, percibe las políticas públicas como productos tecnocratizados de la burocracia estatal (p. 44). Por último, está la teoría de relaciones internacionales que muta el realismo en neorealismo. Esta, sin debilitar la importancia del Estado en las relaciones internacionales, en tanto único actor con el ejercicio legítimo de la fuerza, reconoce la existencia de nuevos actores, como la reconoce el realismo clásico.

El marxismo y la teoría crítica de la Escuela de Fráncfort comprenden las políticas públicas en el marco de las relaciones sociales. Esto reivindica la importancia de la interacción social que el marxismo reconoce (p. 46). Se entiende que las políticas públicas son estructuradas bajo la lógica capitalista, por las clases dominantes, y el Estado es visto como instrumento de reproducción del orden social y protección de los intereses de dichas clases. Sin embargo, las clases dominadas pueden participar, como sectores subalternos, siempre que permanezcan unidas y organizadas (p. 49).

Al lado de este debate entre liberalismo, realismo y marxismo, existen otros escenarios del debate teórico, ya no orientados directamente a la concepción de las políticas públicas en relación con el Estado y con los actores que intervienen, sino al entorno y los enfoques teóricos en que se fundamenta el análisis de las políticas públicas como metodología de investigación social (Roth, 2007a, p. 44) a partir de cuatro paradigmas de las ciencias: positivismo, postpositivismo o racionalismo crítico, teoría crítica y constructivismo.

Otros problemas derivados de los paradigmas en que se fundamentan las políticas públicas afectan la forma en que estas son percibidas. Un ejemplo es la lectura neoliberal del Banco Interamericano de Desarrollo (2006), que establece características a las políticas públicas a partir de los vínculos entre sus resultados y las instituciones políticas. Estas características, con las que se pretende garantizar que las políticas públicas estén bien formuladas y respondan a los problemas de forma efectiva, son: la *estabilidad*, medida en la cual las políticas se mantienen en el curso del tiempo; la *adaptabilidad*, medida en la cual pueden ajustarse cuando fallan o cuando las circunstancias cambian; la *coordinación*, medida en la cual son el resultado de acciones bien coordinadas entre los actores que participan en su diseño e implementación; la *coherencia*, medida en la cual se corresponden con políticas conexas; la *calidad de la implementación y de la efectiva aplicación*; la *orientación al interés público*, medida en la cual procuran promover el bienestar general, y finalmente la *eficiencia*, medida en la cual reflejan una asignación de los recursos escasos que garantice rendimientos.

El tema de las políticas públicas ofrece otras complejidades tanto en su concepción epistemológica como en su análisis metodológico, referidas a su relación con la globalización (Vargas, 2007, pp. 9-34). Esta puede inicialmente concebirse a partir de la teoría de Wallerstein (Quiñones, 2007, p. 50), que desarrolla a través del *sistema mundo* y de la *economía mundo* mostrando la separación y la fuerza de la economía como motor de las relaciones internacionales, en la medida en que va perfilando el poder que se logra desde la economía mundo. Así, concluye que hay un modo de producción capitalista pero no hay una unidad política única, que se ha entendido tradicionalmente como los Estados, aunque reconoce la existencia de otros actores en las relaciones globales (Wallerstein, 1979, p. 252).

La globalización, entonces, es vista como una parte del contexto en el que se desarrollan las políticas públicas, lo que implica que el análisis no solo tenga en cuenta la dimensión de cada Estado sino también las presiones de otros Estados, organismos internacionales, grupos de interés y transnacionales, entre otros actores globales e internacionales de particular relevancia. Esto ha implicado una redefinición de conceptos, debido al cambio de roles de los actores relevantes. Por ejemplo, la redefinición del Estado y de su papel: a consecuencia de la globalización, este ha disminuido y se han generado asimetrías de poder, como el cambio en las relaciones entre Estados, y entre estos y la sociedad civil.

Como las políticas públicas no se pueden estudiar sin la globalización, sino que requieren una revisión a las transformaciones profundas relacionadas con su entorno, resulta importante delimitar la globalización como *la ampliación y la intensificación de las relaciones económicas, políticas, sociales y culturales surgidas a partir de la internacionalización del capital y la transformación de sus formas de organización, de los desarrollos tecnológicos, especialmente en el frente de las comunicaciones y del surgimiento de nuevos procesos sociales y políticos* (Vargas, 2007, p. 17). Se trata de un elemento indispensable para entender las relaciones e interacciones que operan, no solamente como contexto.

Otra forma de relacionar las políticas públicas y la globalización tiene que ver con *governabilidad y gobernanza*. La gobernabilidad se plantea como una forma de entender las políticas públicas en tanto acciones del Estado. Este enfoque, asociado con tendencias neoliberales, la define como “una condición social en la cual existe una adecuada relación entre el gobierno y la sociedad civil” (pp. 17-18) y “la cualidad de la comunidad política en que sus instituciones actúan eficazmente de un modo considerado legítimo por la ciudadanía” (p. 2). Por su parte, la gobernanza se puede entender como la “concepción del gobierno más centrada en la idea de coordinar y dinamizar [...] destaca la interdependencia o asociación entre actores gubernamentales y sociales como la condición sin la cual no es posible que haya dirección de la sociedad” (p. 32). Esta perspectiva ofrece una mirada adicional de las políticas públicas que incorpora otros actores y que viene a enmarcarse en la interdependencia, dejando atrás el realismo e incluso el liberalismo en los términos citados.

Aunque estas no son las únicas formas de asociar estos conceptos, sí permiten ver posiciones diversas que generan paradojas en la manera de analizar las políticas públicas y en su contextualización, ya sea según el marco institucional que constituyen el régimen y sistema político, asociando la fortaleza o debilidad en la institucionalidad con los niveles de legitimidad (López, 2007, p. 83), o con la gobernabilidad y la gobernanza en el quehacer gubernamental.

Conclusiones

El proceso de recepción de teoría jurídica foránea en Latinoamérica ha sido intenso durante los últimos años. Su adaptación al contexto local y a las necesidades particulares ha permitido la construcción de interesantes teorías locales, sobre las cuales se ha venido edificando una concepción propia del derecho en la que son de generalizada aceptación y uso compartido el activismo judicial, el valor jurídico de la constitución, la necesidad de justificar adecuadamente las decisiones judiciales mediante argumentos razonables, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, el reconocimiento normativo de los principios y su ponderación para la solución de controversias jurídicas, y el intento de establecer un sistema fuerte de precedentes y elaborar una teoría plausible de los derechos fundamentales y del papel que le corresponde a la Corte en la estructura jurídico-política.

De otro lado, la articulación de las variables *juridización del derecho*, *derechos sociales*, *políticas públicas* y *globalización* permitió ahondar en los modelos constitucionales, las prácticas jurisprudenciales y las posibilidades de garantizar los derechos sociales a través de la formulación de políticas públicas. Respecto de la globalización, se analizó su impacto en la creación de normas jurídicas por nuevos actores, la correspondiente cesión de poder del Estado y el impacto en la concepción y percepción de este como único productor normativo.

En cuanto a los derechos sociales, se estableció que la diferencia no está en su concepción universal, sino en su aplicación, que debe considerar las particularidades económicas, sociales y culturales del contexto donde se los pretende garantizar. Se resalta la importancia de actualizar los procedimientos de protección de derechos

sociales a través de mecanismos democráticos de reclamación, lo que fortalecerá la participación de nuevas clases sociales emergentes. La justiciabilidad de estos derechos debe garantizarse por mecanismos judiciales que el activismo judicial potencia, con el riesgo latente de que los jueces sean parciales, políticos o ideológicos.

Por último, resulta plausible avanzar en la democratización de los procesos de políticas públicas, entendidos como espacios de articulación entre los diversos actores sociales y escenarios de consenso y disenso que permitan la presentación conjunta de problemas y la postulación conjunta de alternativas de solución. La juridización es, en última instancia, institucionalización. Nada más fructífero que ese escenario en la consolidación del diálogo social y la gobernabilidad como elementos de conformación de una comunidad política legítima en la que participen todos y en la que la gobernanza permita establecer labores de coordinación entre actores sociales y gubernamentales.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, R. (2006). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – Legis.
- Banco Interamericano de Desarrollo (2006). Las instituciones políticas, el funcionamiento del sistema de formulación de políticas y los resultados de las políticas públicas. En: *La política de las políticas públicas* (pp. 139-168). Nueva York: Planeta Mexicana.
- Barcellona, P. (1991). Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social. En: E. Olivas (coord.), *Problemas de legitimación en el Estado social* (pp. 29-47). Madrid: Trotta.
- Comanducci, P. (2002, abril). Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. *Isonomía*, 16, 89-112.

- . (2003). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta-teórico. En: M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 75-98). Madrid: Trotta.
- Commaille, J. (2010). ¿Es la justicia la nueva “razón” política universal? *Pensamiento Jurídico*, 27, 69-98.
- Courtis, C. y Abramovich, V. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA.
- . y García Villegas, M. (eds.) (2004). *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- ., Leitão, M. M. y Pedroso, J. (1995). Los tribunales en las sociedades contemporáneas. *Pensamiento Jurídico*, 4, 5-38.
- García, M. (2006). El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. En: M. García, R. Uprimny y C. Rodríguez (eds.), *¿Justicia para todos?* (pp. 201-233). Bogotá: Norma.
- . y Uprimny, R. (2004). Corte Constitucional y emancipación social. En: B. de Sousa Santos y M. García Villegas (eds.), *Emancipación social y violencia en Colombia* (pp. 463-514). Bogotá: Norma.
- Habermas, J. (1998). Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública política. En: *Facticidad y validez* (pp. 407-468). Madrid: Trotta.
- Kennedy, D. (1997). Ideological Conflict over the Definition of Legal Rules. En: *A Critique of Adjudication* (pp. 39-72). Cambridge: Harvard University Press.
- López, J. E. (2007). *Formulación y construcción de políticas públicas*. En: A. Vargas, J. R. Quiñones, A.-N. Roth, J. E. López y A. Lozano (eds.), *Fundamentos de políticas públicas* (pp. 79-100). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Luhmann, N. (2006). *Teoría política en el Estado Bienestar*. España: Alianza Editorial.
- Martínez, M. (2009). *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial: la tutela contra providencias judiciales en Colombia y España*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Motta, C. (1995). Intereses y derechos: transición al Estado social. En: C. Motta (comp.), *Ética y conflicto* (pp. 207-236). Bogotá: Tercer Mundo Editores – Ediciones Uniandes.
- Núñez Leiva, J. I. (2012). Constitución, neoconstitucionalismo y algunas lagunas jurídicas (normativas y axiológicas). *Estudios Constitucionales*, 10, 2, 511-532.
- Pérez, L. E. (2007). Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. En: L. E. Pérez, C. Rodríguez y R. Uprimny, *Los derechos sociales en serio. Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas* (pp. 71-130). Bogotá: DeJusticia.
- Quiñones, J. R. (2007). Estado, globalización y políticas públicas. En: A. Vargas, J. R. Quiñones, A.-N. Roth, J. E. López y A. Lozano (eds.), *Fundamentos de políticas públicas* (pp. 35-55). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez, C. (2009). El neoconstitucionalismo global y el Estado de derecho. En: *La globalización del Estado de derecho* (pp. 24-35). Bogotá: Universidad de los Andes.
- — — y Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.
- Rosavallón, P. (2007). *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial.
- Roth Deubel, A.-N. (2007a, enero-junio). Análisis de las políticas públicas: de la pertinencia de una perspectiva basada en el anarquismo epistemológico. *Revista Ciencia Política*, 3, 43-68.
- — — (2007b). Teorías y marcos de análisis para las políticas públicas. En: A. Vargas, J. R. Quiñones, A.-N. Roth, J. E. López y A. Lozano (eds.), *Fundamentos de políticas públicas* (pp. 57-78). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- — — (2009). La política pública como campo de estudio. En: A.-N. Roth (ed.), *Análisis y evaluación de las políticas públicas: debates y experiencias en Colombia* (pp. XIII-XX). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Sierra Cadena, G. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

- Unger, R. (1983). *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ureña, R. (2010, marzo). Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global. *Revista de Derecho Público*, 24, 3-23.
- Varela Barrios, E. (2007). *La soberanía transformada*. Cali: Ecoe Ediciones – Universidad del Valle.
- Vargas, A. (1999). *Notas sobre el Estado y las políticas públicas*. Bogotá: Almadena.
- - -. (2007). Políticas públicas, gobernanza y globalización. En: A. Vargas, J. R. Quiñones, A.-N. Roth, J. E. López y A. Lozano (eds.), *Fundamentos de políticas públicas* (pp. 7-34). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Wallerstein, I. (1979). *El moderno sistema mundial. El mercantilismo y la consolidación de la economía-mundo europea, 1600-1750*. México: Siglo Veintiuno.

Índice analítico y onomástico

| 62 |

- aborto, despenalización en Colombia 35
- Abramovich, Víctor 36, 39
- activismo judicial 40-42
- Alexy, Robert 29, 34, 35, 36
- Añón, María José 36
- Arango, Rodolfo 32, 33, 37, 38
- Banco Interamericano de Desarrollo 37, 53, 55
- Banco Mundial 53, 57
- Barcellona, Pietro 33
- Bernal Pulido, Carlos 46
- BID *véase* Banco Interamericano de Desarrollo
- BM *véase* Banco Mundial
- Bobbio, Norberto 28
- Burgos Ávila, Germán 37
- Calderón, Nicolás 37
- ciudadanía, tipos de 33
- CLS *véase* Critical Legal Studies
- Commaille, Jacques 49
- Comunidad Andina de Naciones 53
- conexidad, teoría de la 33, 34
- constitución 26, 27, 28, 29, 31, 34, 41, 43, 45, 46, 50
 - colombiana 30, 31
- constitucionalismo 26-42
 - amplio vs. restringido 26-27
 - aspiracional 40-41
 - de los contrapoderes vs. de las reglas 27
 - de modulación o modulado 28, 29-32
 - decimonónico 27-28
 - global 49-50
 - liberal 27
 - mecanicista vs. modulado 27-28
 - moderno 26
 - reformista vs. revolucionario 27-28
- constituciones latinoamericanas del siglo XIX 30

Corte Constitucional de Colombia 36, 47, 49
Courtis, Christian 36-37, 38
Critical Legal Studies 48
Cuervo, Jorge Iván 51
De Lima López, José Reinaldo 38
democracia 42-44
 consensual 43
 discursiva 43-44
 liberal 43, 49
derecho 23-26
 constitucional 24, 28, 47
 constitucionalización 23, 24, 31
 y política 42-44
derechos
 civiles y políticos 31, 32, 33
 exigibilidad 36-40
 fundamentales 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 46, 47, 49
 humanos 31, 43, 48, 50, 53
 justiciabilidad 36-40, 41, 44, 45
 sociales 24, 26, 28, 31-49
 y activismo judicial 40-42
 y política 42-44
De Sousa Santos, Boaventura 41, 42
dignidad humana 34-35
Dunleavy, Patrick 51
Dworkin, Ronald 29, 34
Dye, Thomas R. 51
elites, teoría de las 54
Estado
 de derecho 31, 33, 45
 social de derecho 31, 32, 44, 46
FMI *véase* Fondo Monetario Internacional
Fondo Monetario Internacional 37, 53
Frohock, Fred 51
García, Mauricio 40-41
governabilidad 52, 53, 56, 57

gobernanza 50, 56, 57
Habermas, Jürgen 43, 45
Jiménez, José A. 45
juez constitucional
 carácter político 46, 48
 imparcialidad 40
 legitimidad 45-47
 protagonismo 41-42, 48-49
Kennedy, Duncan 48
Luhmann, Niklas 43
MacRae, Duncan 51
Martínez, Mauricio 40
Mény, Yves 51
Motta, Cristina 29, 30-31
Muller, Pierre 51
Nagel, Stuart 51
neoconstitucionalismo 26-42, 49-50
 ideológico 29
 metodológico o conceptual 29
 teórico 28-29
neoinstitucionalismo progresista 48-49
OEA *véase* Organización de Estados Americanos
ONU *véase* Organización de las Naciones Unidas
Organización de Estados Americanos 53
Organización de las Naciones Unidas 48, 53
Organización Mundial del Comercio 53
organizaciones sin ánimo de lucro 52
Parsons, Wayne 51
pesos y contrapesos, sistema de 23-27
Piazzese, Ada 37
política pública
 como disciplina 53, 54
 como metodología de investigación social 52, 53, 55
 definiciones 50-51
 desafíos actuales 52-53
 juridización 45-50

paradigmas 54-55
y globalización 50-57

progresismo 41

protección de derechos, órdenes de 24, 42

Rawls, John 43

Rosanvallon, Pierre 43, 44

Roth Deubel, André-Noël 50, 51, 54, 55

Rothwell, Easton 51

Salazar, Carlos 51

Sierra Cadena, Grenfieth de Jesús 45, 46, 47

sistema mundo, teoría del 55

sociedad civil 25, 44, 52, 53, 56

Surel, Yves 51

tercer sector 52

Thoenig, Jean-Claude 51

Unger, Roberto 48

Unión de Naciones Suramericanas 53

Uprimny, Rodrigo 27, 47

Varela Barrios, Édgar 50, 51, 52

Vargas, Alejo 50-51, 55, 56

Vélez, Gabriel Jaime 51

Wallerstein, Immanuel 55

Wilde, James A. 51

Zagrebelsky, Gustavo 29

CAPÍTULO II

Gobernanza global en la cooperación internacional y el desarrollo: una discusión desde las relaciones internacionales

Felipe Higuera Angulo (Colombia)

Introducción

La cooperación internacional (en adelante, CI) y el desarrollo se han consolidado como dos elementos constitutivos y fundamentales que median la interacción entre los actores del sistema internacional. En la teoría de las relaciones internacionales se ha dado un constante debate sobre las verdaderas posibilidades de cooperación entre los Estados, especialmente cuando intervienen el interés nacional y el problema relacionado con el tipo de ganancias que se pueden obtener en un sistema de autoayuda, en el cual los Estados dependen de sí mismos para alcanzar sus objetivos o intereses.

El institucionalismo neoliberal ha centrado su explicación sobre las dinámicas de interacción en el sistema internacional en las posibilidades de cooperación y coordinación entre los actores internacionales. Tal y como lo expone Robert Keohane, la cooperación requiere de la negociación entre diversos actores, que les permite “ajustar su comportamiento a las preferencias actuales o anticipadas de otros, a través del proceso de coordinación de políticas” (1984, p. 51). Sin embargo, es necesario preguntarse cómo tiene lugar la CI,

por qué se ha centrado en la promoción del desarrollo y si tiene algún tipo de incidencia en la consolidación de la gobernanza global, para dar solución conjunta a los problemas comunes de los Estados.

Con tal fin, el texto se ha dividido en tres partes. La primera explora la teoría del institucionalismo neoliberal, con el objetivo de plantear sus principales categorías analíticas y definir así las posibilidades de la CI a partir de la construcción de regímenes, instituciones y organizaciones internacionales que promuevan la acción conjunta de los actores internacionales ajustando sus intereses. La segunda presenta la CI como concepto fundamental de las relaciones internacionales, para establecer a partir de sus principales características la relación con el concepto de *desarrollo*, analizando el vínculo entre donante y receptor y la definición de modelos de desarrollo que potencian las ventajas comerciales y políticas de los donantes. Y la tercera brinda conclusiones asociadas a la gobernanza global, para evidenciar cómo se consolidan los procesos de CI entre diversos actores internacionales, enfocándose no solo en el desarrollo económico, sino también en la promoción de la solución conjunta de problemas globales y la gubernamentalidad en el sistema internacional.

Institucionalismo neoliberal: perspectiva de análisis de la política internacional

Las relaciones internacionales como disciplina tienen como meta fundamental explicar los patrones generales de comportamiento que siguen los actores internacionales al interactuar dentro del sistema internacional bajo condiciones de anarquía o autoayuda (Keohane, 1993, pp. 13-15). Tomando como referencia lo establecido por Keohane, se puede afirmar que la política internacional está institucionalizada¹: el comportamiento de los Estados es el reflejo de las

1 Para Douglass North, las instituciones “son reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercam-

reglas formales e informales construidas socialmente, las cuales son interpretadas a partir de su conocimiento. Así mismo, Keohane afirma que solo es posible entender los modelos de cooperación en el contexto de las instituciones, pues estas ayudan a definir el sentido y la relevancia de la acción de los Estados (p. 20).

Las instituciones afectan: 1) el flujo de información y las oportunidades de negociación; 2) la capacidad de los gobiernos para controlar la sumisión de los demás y poner en práctica los compromisos adquiridos; y 3) las expectativas sobre la solidez de los acuerdos internacionales adquiridos (p. 15). Por lo tanto, se asume que la capacidad de los Estados para comunicarse y cooperar depende de las instituciones construidas a partir de su interacción social, que facilita el establecimiento de los canales de comunicación y de las formas de interacción socialmente aceptadas.

El institucionalismo neoliberal cuestiona los efectos de las instituciones en la acción de los Estados y los problemas del cambio institucional² a partir de dos condiciones: 1) los agentes internacionales deben tener algún interés mutuo, para analizar la posibilidad

bio humano, sea político, social o económico [...]. Las instituciones ayudan a la reducción de la incertidumbre, pues brindan condicionamientos o líneas de acción sobre las diferentes actividades de los individuos” (1993, pp. 13-14). Por su parte, Keohane las define como “el conjunto de reglas formales e informales persistentes y conectadas, que prescriben conductas, restringen la actividad y configuran las expectativas” de los actores en el sistema (1993, pp. 16-17).

- 2 De acuerdo con North, el cambio institucional se entiende como “los ajustes marginales al conjunto de reglas, normas y cumplimiento obligatorio que constituyen el marco institucional”. La estabilidad es un proceso que se consolida a partir de limitaciones formales e informales ordenadas jerárquicamente: a medida que se va subiendo de nivel, se hace mayor el costo de cambiar o modificar la norma establecida. “Es desde la interacción compleja de reglas formales y limitaciones informales junto con el modo en que se hacen cumplir, lo que determina nuestro diario vivir y nos dirige en las actividades ordinarias que dominan nuestras vidas [...] la combinación nos proporciona la cómoda sensación de poder saber qué estamos haciendo y a dónde vamos” (p. 110).

de recibir beneficios mutuos a partir de actividades de cooperación; y 2) el grado de institucionalización tiene efectos directos en el comportamiento del Estado en el sistema internacional, bajo estructuras construidas socialmente y en condiciones de anarquía³.

Teniendo en cuenta lo anterior, las acciones de cooperación son posibles a partir de la existencia de acuerdos internacionales, que pueden asumir alguna de las siguientes formas (Keohane, 1993, p. 17):

Organizaciones intergubernamentales formales o no gubernamentales internacionales

Son organizaciones burocráticas⁴ con reglas explícitas que permiten la asignación de funciones específicas de reglas a individuos y grupos. La emergencia de organizaciones internacionales indica un creciente nivel de institucionalización, pues están inscritas en los regímenes internacionales; así se permite el control, el manejo y la modificación del funcionamiento de los regímenes.

3 La institucionalización puede medirse en tres dimensiones: 1) comunidad, que mide las expectativas acerca de un comportamiento adecuado y el acuerdo sobre cómo interpretar las acciones por los actores del sistema; 2) especificidad, que mide el grado en el cual las expectativas están claramente especificadas en forma de reglas dentro del sistema; y 3) autonomía, que define el nivel hasta el cual la institución puede alterar sus propias reglas, más que confiar plenamente en agentes externos para que cumplan esa función (Keohane, 1993, pp. 18-19).

4 Barnett y Finnemore (2004) definen a las organizaciones internacionales como burocracias que regulan y construyen el mundo social definiendo intereses, temas de la agenda internacional y formas de organización social. Así mismo, tienen autoridad y capacidad para utilizar los recursos institucionales, materiales y discursivos, orientando incluso la acción de los Estados. Las burocracias dividen el trabajo, establecen reglas estándar de comportamiento y definen el conocimiento social relevante para la solución de problemas en el ámbito internacional. Cuentan con una alta autonomía en el desarrollo de sus acciones, lo que les permite favorecer o no a los Estados que pertenecen a la organización internacional.

La interacción entre Estados se puede comprender a partir del análisis de los regímenes internacionales, que establecen guías de comportamiento para la acción de los Estados y permiten así el ejercicio de la cooperación sobre temas específicos de la política internacional (Hasenclever, Mayer y Rittberger, 1997). De acuerdo con Krasner (1983, citado en Keohane, 1984, p. 57), los regímenes internacionales son “el conjunto de principios implícitos y explícitos, normas, reglas y procesos de toma de decisión alrededor de los cuales las expectativas de los actores convergen en un área específica de las relaciones internacionales”.

Por lo anterior, se puede afirmar que los regímenes son construidos socialmente y permiten establecer acuerdos entre los actores internacionales sobre un tema específico relevante para las partes involucradas. Hasenclever, Mayer y Rittberger (1997, pp. 14-21) los organizan a partir de las siguientes categorías:

1. *Comportamental*: las instituciones sociales son prácticas que consisten en reconocer roles a partir de las reglas o convenciones que rigen las relaciones entre los individuos. Con esto, moldean el comportamiento a partir de la efectividad de las reglas formales o informales construidas socialmente (a través de incentivos positivos o negativos⁵).
2. *Cognitiva*: se refiere a los significados intersubjetivos e interpretaciones compartidas sobre la acción individual.

5 Mancur Olson expone que ante la inexistencia de un incentivo económico para que los actores asociados en pequeños grupos contribuyan al interés definido por ellos mismos, es posible el establecimiento de incentivos sociales, tantos positivos como negativos (sanción social), entendidos como incentivos selectivos, que permiten ejercer la presión social necesaria para que los miembros del grupo se movilicen, especialmente en grupos pequeños; “únicamente desempeñan un papel en el grupo grande cuando éste es una federación de grupos más pequeños” (1992, pp. 70-75).

3. *Formal*: los regímenes son entendidos como reglas explícitas acordadas sobre áreas específicas de la política internacional.

Cabe resaltar que los regímenes internacionales tienen capacidad de cambio y adaptación según las alteraciones en la interacción entre los agentes del sistema; esto facilita el desarrollo de acuerdos específicos de cooperación entre gobiernos, basados en el interés de cada uno de los agentes que hacen parte de la interacción. Se genera un vínculo entre ellos que permite la construcción de instituciones y organizaciones internacionales, para garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados entre los Estados y dar solución a problemas en común; esto incluye mecanismos de monitoreo e identificación de cambios frente a lo acordado, desde la coordinación de políticas (Keohane, 1984, pp. 51-52).

La existencia de los regímenes internacionales depende de los patrones de intereses comunes y/o complementarios para los actores políticos: los intereses compartidos son el punto de partida para la construcción colectiva de tales regímenes (p. 57) y para el desarrollo de ajustes no negociados. Así, consisten en obligaciones en varios niveles, que a partir de los elementos definidos por Krasner, permiten revisar y evaluar los cambios y continuidades en la política mundial, donde los comportamientos ayudan a la relación social entre los actores del sistema internacional, bajo condiciones de anarquía y autointerés⁶.

Los regímenes internacionales se mantienen si los patrones de interés que ayudaron a su construcción permanecen estables. Los

6 Susan Strange (1982) ha sido crítica del concepto de *régimen internacional*, que considera impreciso y turbio por las siguientes razones: 1) la diferencia entre régimen, institución y organización internacional es compleja; y 2) la diferencia entre la norma implícita y el proceso de decisión no es clara. Esto no elimina la posibilidad de explicar que bajo ciertas condiciones, los Estados cooperan en el sistema internacional para alcanzar objetivos particulares.

cambios usualmente no son inmediatos; de hecho, avanzan de manera tan lenta, que incluso puede verse frenada por alguna alteración en la interacción de los actores que hacen parte del régimen. De igual forma, su construcción implica que son relevantes para los Estados; por lo tanto, muchos de los cambios institucionales pueden llegar a ser muy costosos, dado que permiten manejar temas comunes reduciendo los costos de transacción para alcanzar soluciones conjuntas y mutuamente beneficiosas (Lipson, 1984 p. 70).

Convenciones

Son instituciones informales con entendimiento y procedimientos implícitos, que manifiestan la expectativa de los actores sobre un tema específico y permiten así la coordinación de políticas. Al respecto, Keohane (1993, p. 17) afirma que los regímenes internacionales dependen de la existencia de las convenciones, pues estas hacen posible la negociación entre los actores internacionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, la teoría del institucionalismo neoliberal permite entender la construcción de regímenes internacionales a partir de la conjunción de intereses y expectativas de los actores internacionales (principalmente los Estados, sin dejar de lado algunos actores privados de relevancia para el desarrollo de procesos de interacción global), ayudados por la influencia y la capacidad de aplicación y seguimiento (*enforcement*) que brindan las instituciones internacionales a los acuerdos alcanzados a través de los regímenes internacionales (Hasenclever, Mayer y Rittberger, 1997, p. 26).

Los Estados trabajan juntos para intentar dar solución a sus problemas comunes a través de la construcción de regímenes, instituciones y organizaciones internacionales, con el fin de coordinar sus políticas hacia una respuesta común a los temas globales. Por lo tanto, a partir de la acción de los Estados, tanto a nivel doméstico como a nivel externo, es posible la presentación de alternativas para afrontar los problemas globales. Las instituciones cambian como consecuencia de la acción humana, así como de las expectativas y procesos que resultan del comportamiento del Estado. El análisis del cambio institucional brinda las herramientas necesarias para entender la po-

lítica mundial: hacia dónde se dirige y cuáles son las consecuencias de las decisiones de los Estados a partir de su acción conjunta (Keohane, 1993, pp. 32-33).

Debido a la proliferación de actores, temas e intereses, nos encontramos en un proceso de constante negociación. Sin embargo, es necesario preguntarse: ¿por qué cooperar en un sistema internacional cerrado de autoayuda? La *cooperación* se puede definir como la acción conjunta de dos o más individuos con el objetivo de alcanzar metas comunes. Por lo tanto, es un proceso de interacción del conjunto social para el desarrollo de interacciones y actividades políticas, que permite la reducción de las condiciones generales o específicas que potencian una situación de conflicto (Keohane y Nye, 1988; véase también Ruggie, 1975).

El comportamiento cooperativo permite alcanzar resultados hacia la satisfacción del interés de un Estado a partir de su orden de preferencias, teniendo en cuenta los incentivos pertinentes para potenciar esta acción cooperativa. Esto es posible a partir de la existencia de regímenes internacionales, pues como señala Snidal (1985), cooperar es una actividad más sencilla y ventajosa para los actores involucrados cuando interviene un régimen internacional, pues estos aumentan las capacidades de comunicación, disminuyen la incertidumbre y permiten la implementación de un sistema de castigo, en caso de ser necesario.

De acuerdo con Keohane (1984, pp. 51-52), la cooperación internacional es necesaria para que “las acciones de individuos separados u organizaciones sean llevadas a cabo de conformidad o a través de un proceso de negociación que es referido como la coordinación de políticas”, ajustando su comportamiento a las preferencias actuales o anticipadas de los otros actores del sistema. Entre Estados, la CI tiene lugar cuando las políticas de un Estado son entendidas como facilitadoras de sus propios objetivos, siendo este el resultado de la coordinación de políticas, a través de incentivos que permitan disminuir la potencialidad de conflicto entre los involucrados (p. 55; véase también Keohane y Nye, 1988).

La cooperación internacional

Según el institucionalismo neoliberal, la CI se ha consolidado como instrumento de coordinación de políticas y ejercicio del poder en el sistema internacional desde mediados del siglo XX, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Se considera como su hecho fundacional en la política internacional el discurso inaugural del presidente estadounidense Harry Truman en 1949, cuyo cuarto punto inicia la era del desarrollo y la CI para el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos en los países con bajos niveles de desarrollo, caracterizados como “subdesarrollados”:

| 75 |

Fourth, we must embark on a bold new program for making the benefits of our scientific advances and industrial progress available for the improvement and growth of underdeveloped areas.

More than half the people of the world are living in conditions approaching misery. Their food is inadequate. They are victims of disease. Their economic life is primitive and stagnant. Their poverty is a handicap and a threat both to them and to more prosperous areas.

[...] And, in cooperation with other nations, we should foster capital investment in areas needing development.

Our main aim should be to help the free peoples of the world, through their own efforts, to produce more food, more clothing, more materials for housing, and more mechanical power to lighten their burdens. [...] With the cooperation of business, private capital, agriculture, and labor in this country, this program can greatly increase the industrial activity in other nations and can raise substantially their standards of living.

[...] All countries, including our own, will greatly benefit from a constant program for the better use of the world's human and

natural resources. Experience shows that our commerce with other countries expands as they progress industrially and economically. Greater production is the key to prosperity and peace. And the key to greater production is a wider and more vigorous application of modern scientific and technical knowledge. Only by helping the least fortunate of its members to help themselves can the human family achieve the decent, satisfying life that is the right of all people.

Democracy alone can supply the vitalizing force to stir the peoples of the world into triumphant action, not only against their human oppressor, but also against their ancient enemies – hunger, misery, and despair. On the basis of these four major courses of action we hope to help create the conditions that will lead eventually to personal freedom and happiness for all mankind. (citado en Rist, 1998, p. 71)

El enfoque de los procesos de CI es la promoción y consolidación del desarrollo, inicialmente centrado en el crecimiento económico sostenido, pero también con una perspectiva multidimensional (Hönke y Lederer, 2013, p. 789) cuyo objetivo primordial es disminuir o erradicar la pobreza y la desigualdad social, elemento fundamental para la construcción de paz y equidad a nivel global (Grasa, 2014, pp. 12-15).

Es importante resaltar que ha habido un cambio significativo en el número de actores de la CI (Tassara, 2012) a partir de las variaciones que han tenido lugar sobre los temas y responsabilidades asumidas por actores privados ante la ausencia de acción estatal en ciertas esferas de la vida social: estos son la sociedad civil organizada, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y las corporaciones transnacionales (CTN). En muchos casos, los actores privados tienen mayor relevancia que los mismos Estados en su capacidad de agencia para enfrentar las necesidades de la población (Strange, 1996).

La CI se ha enfocado en los países del hemisferio sur, pues se entiende que se encuentran en bajos niveles o en vías de desarrollo, por lo cual se hace pertinente la provisión de ayuda oficial para el

desarrollo (ODA, por sus siglas en inglés). Esta consiste, como expone Führer, en:

| 77 |

[...] los flujos hacia los países en vías de desarrollo e instituciones multilaterales proveídas por agencias oficiales, incluyendo los gobiernos estatales y locales, o sus agencias ejecutivas, donde cada transacción tiene los siguientes dos criterios: i) es administrada hacia la promoción del bienestar y el desarrollo económico como su objetivo principal, y ii) es concesional en carácter y contiene un elemento de subvención de al menos el 25 %. (H. Führer, *The Story of Development Assistance: A History of the Development Assistance Committee and the Development Co-operation Directorate in Dates and Figures*, citado en Riddell, 2007, p. 19).

Así, la ODA se entiende como una transferencia de recursos de donante a receptor, que incluye tanto intereses como estrategias políticas. Su objetivo es contribuir al bienestar humano y el desarrollo de los países con bajos niveles de desarrollo, y está basada en las intenciones y necesidades del donante antes que en las del receptor. En esos términos, el tipo de desarrollo parece ser definido por el donante, a partir de dos criterios: 1) promoción del desarrollo económico y bienestar de los países en vías de desarrollo, y 2) ayuda concesional en carácter y con elementos de subvención (Riddell, 2007, p. 20).

En algunos casos, ante la necesidad de los Estados de sobrevivir, o de mantener el *statu quo*, los cálculos racionales de los gobiernos plantean la necesidad de desarrollar a partir de sus intereses económicos procesos de CI que puedan traer beneficios en los ámbitos político y social. Con esto se evidencia la racionalidad de las acciones del Estado para la consecución de sus intereses, pues se desarrolla un cálculo costo-beneficio con el fin de evitar cambios en la distribución del poder.

Según Jervis (1988, pp. 320-327), hay mayor probabilidad de establecer acciones de cooperación conjunta en el largo plazo si ocurren modificaciones en las ganancias potenciales que perciban los actores en desarrollar o no una acción que implique cooperar entre

ellos, teniendo en cuenta sus estrategias e intereses. Esto se facilita a partir de la construcción de regímenes internacionales, pues hacen posible que debido a pérdidas de prestigio o reputación y restricciones por fallos judiciales, entre otros incentivos negativos o positivos, los Estados se vean impulsados a la cooperación en un sistema de autoayuda e intenten conseguir beneficios desde una acción racional eficiente y eficaz para consolidar los objetivos deseados a partir de los intereses de la contraparte (Olson, 1992, p. 75).

Por lo tanto, a partir de la interacción entre intereses individuales y problemas comunes se puede llegar a un acuerdo que implique la consolidación de procesos de cooperación, en los cuales los Estados cedan una parte de su autonomía en función del entendimiento y el beneficio común⁷. Entonces, a través de los regímenes y organizaciones internacionales, y de la construcción de las reglas necesarias entre los actores, el proceso de cooperación se hace posible y ofrece los resultados esperados (Stein, 1993, p. 41), además de la convergencia de las expectativas de los actores en uno de los posibles resultados del proceso.

Los Estados no dejan de lado sus intereses, pues buscan maximizar sus ganancias (o utilidad) en comparación con las de los otros (Jervis, 1988, p. 332). Al decidir si se va a cooperar o no, el problema radica en la definición de las estrategias para alcanzar los objetivos de los tomadores de decisión (pp. 331 y 338). Así, se puede definir que son los intereses individuales (bajo un sistema de autoayuda) los que determinan la construcción de los regímenes internacionales.

Cuando la distribución del poder, los incentivos y las perspectivas que se establecen en el régimen internacional se mantienen, la convergencia de intereses permanece, lo que confiere estabilidad al

7 Robert Gilpin expone que los Estados desarrollan análisis costo-beneficio, a partir de su orden transitivo de preferencias. Cuando los beneficios esperados exceden los costos que implica la toma de una decisión o el desarrollo de una acción, existe mayor probabilidad de que los Estados intenten hacer modificaciones en la misma estructura del sistema (1981, p. 911).

régimen. Cuando la distribución del poder cambia, se afecta el orden de preferencias de los actores, por lo cual el régimen cambia. Por lo tanto, los cambios en la distribución de poder entre los Estados en el sistema internacional dan como resultado cambios en la estructura del régimen. Sin embargo, Stein (1993, pp. 48-52) afirma que los regímenes internacionales pueden llegar a mantenerse aun si ha habido cambios en los intereses que permitieron su formación, dado que los Estados rectifican sus objetivos de manera poco recurrente, y usualmente no realizan modificaciones en los arreglos institucionales que han creado. Para asegurar el mantenimiento del régimen internacional, los Estados dejan que las instituciones los guíen, a fin de eliminar costos de transacción en la toma de decisiones y en su interacción. La institucionalización de la coordinación de políticas y la CI pueden hacer que los actores limiten sus acciones y consideren la relevancia de alcanzar ganancias comunes a partir de la cooperación en el sistema internacional.

Para concluir, la existencia de los regímenes internacionales tiene como punto de partida el autointerés de los Estados con el objetivo de establecer una coordinación de políticas para enfrentar problemas comunes. Lipson (1993, p. 65) establece cuatro elementos principales para la cooperación en el sistema internacional:

1. Percepción de que los actores son interdependientes y sus decisiones son mutuamente contingentes.
2. Capacidad para monitorear las decisiones que toma otro actor y reaccionar a ellas.
3. Fuerte interés en ampliar las ganancias futuras a partir de la interacción con otros actores del sistema.
4. Diferencias entre los beneficios que se adquieren si se coopera y si no.

El desarrollo en el sistema internacional

Riddell (2007, p. 21) define la ayuda externa o internacional como la transferencia de recursos de donante a receptor, que no deja de lado

los intereses y estrategias políticas de ambas partes. La ayuda para el desarrollo se enfoca en “contribuir al bienestar humano y el desarrollo de los países con menores niveles de desarrollo”.

Como lo expone Duffield (2001, pp. 15-16), el desarrollo es “un intento a través de asociaciones cooperativas para modificar sociedades y su comportamiento”, a partir de estrategias y proyectos para la implementación de decisiones y acciones con métodos participativos que refuercen una forma de comportamiento aceptada por Occidente. Esto lleva a establecer el tipo de desarrollo que deben alcanzar los países en vías de desarrollo, lo cual permite que los países donantes, no los receptores, sean quienes establezcan qué es el desarrollo y cómo alcanzarlo.

El receptor no tiene libertad para escoger cómo utilizar la ayuda o qué tipo de desarrollo considera más pertinente para generar condiciones de bienestar para su población. Esto obedece a que los países desarrollados se han preguntado de manera recurrente si la ayuda internacional es efectiva o no: en algunos casos, sobre todo en períodos de crisis económicas y financieras de los donantes, se la ve como un gasto innecesario. Lo cual lleva a cuestionarse: ¿a quién genera ganancias económicas la ayuda?

La ayuda internacional opera a través de las agencias de ayuda, que son de carácter gubernamental. Su objetivo es realizar procesos de redistribución de los ingresos entre donantes y receptores, que hacen parte de los procesos de toma de decisión para ambas partes, a fin de solucionar los problemas de propiedad y costos de transacción de la CI (Martens, 2005)⁸. Los proyectos son usualmente manejados por el donante, con el objetivo de cambiar el comportamiento del receptor. Sin embargo, ¿qué tanto reduce este manejo los costos de transacción?

Los intereses comerciales han moldeado la forma en que se usan los fondos de la ODA, pues incluyen estrategias políticas de los

8 Desde esta perspectiva se pueden articular las preferencias de donante y receptor, mediando la relación entre ambos a partir de la eficiencia y la eficacia, tanto en el ejercicio institucional como en los resultados alcanzados.

donantes sobre los receptores: desde enfoques sobre la promoción de la inversión y el crecimiento económico, pasando por la reducción o eliminación de la pobreza, hasta el desarrollo humano y el avance de la democracia (Lancaster, 2007, pp. 25-61).

Riddell (2007, p. 91) presenta las razones por las cuales los Estados donantes ofrecen ODA:

1. Ayuda en emergencia
2. Desarrollo de los receptores (entre el crecimiento y la reducción de la pobreza)
3. Solidaridad
4. Intereses políticos estratégicos
5. Promoción de los intereses comerciales de los donantes
6. Lazos históricos
7. Bienes públicos globales
8. Defensa de los derechos humanos

Usualmente estos factores se mezclan, lo cual no permite mayor claridad en el análisis de las motivaciones reales de los donantes, en tanto obtienen ventajas comerciales y políticas sobre el receptor, incluso para la promoción de la seguridad nacional. Brindar o no ayuda es una decisión de política exterior, para mantener las condiciones no solo de dependencia, sino de equilibrio entre los intereses propios y los niveles de desarrollo externo (Riddell, 2007, p. 172; Martens, 2005, p. 647).

Los intereses comerciales de los países donantes son un punto importante en las relaciones de CI, pues como menciona Riddell (2007, pp. 7-8), hay una fuerte presión en la mayoría de estos países para obtener beneficios de los programas de ayuda, lo cual implica no centrar la ayuda en los países más pobres, sino diversificar la oferta en lugares estratégicos para el desarrollo de proyectos productivos efectivos para los donantes. Bajo este criterio, la mayor parte de la ayuda ha estado dirigida a los países de ingreso medio, no a los pobres, lo cual muestra que el objetivo directo no es la reducción o eliminación de la pobreza, sino la promoción de los intereses propios de los donantes (Riddell, 2007; Abrahamsen, 2004).

Conclusiones: gobernanza global, cooperación internacional y desarrollo

| 82 |

Según Karns y Mingst (2010, p. 4), la gobernanza global es:

[La] suma de muchos individuos e instituciones, públicas y privadas, y sus formas para manejar temas comunes. Es un proceso continuo desde el cual los intereses diversos y conflictivos pueden ser acordados y la acción cooperativa puede tener lugar, que incluye acuerdos formales [...] e informales que personas e instituciones han acordado para hacer o percibir que se encuentran dentro de su interés.

Lo anterior se refiere a un conjunto de actividades relacionadas con las reglas y mecanismos formales e informales de coordinación, a partir de metas compartidas, para brindar soluciones a problemas comunes a través de la CI. Su desarrollo es posible a partir de los componentes de la gobernanza global, que son entendidos por Karns y Mingst como acuerdos y actividades para la construcción de soluciones cooperativas que los Estados y otros actores han definido para manejar temas comunes⁹.

La gobernanza global es necesaria en tanto permite establecer procesos de coordinación a partir del crecimiento de los temas comunes en el sistema internacional, es decir, facilita la consolidación de los procesos de CI. Para entenderla, es necesario distinguir los actores que permiten el desarrollo de las actividades conjuntas en la política internacional: 1) los Estados, que son las unidades más relevantes dentro de la estructura del sistema internacional; 2) las organizaciones intergubernamentales, que permiten la coordinación de activida-

9 Estos componentes de la gobernanza global son: 1) derecho internacional; 2) *soft law*; 3) organizaciones intergubernamentales; 4) organizaciones no gubernamentales, ONG; 5) regímenes internacionales; 6) acuerdos *ad hoc*; 7) conferencias globales; y 8) gobernanza privada (Karns y Mingst, 2010, pp. 5-15).

des entre diversos grupos, a través del ejercicio de la diplomacia y la vigilancia sobre el cumplimiento de los acuerdos establecidos entre las partes; 3) las organizaciones no gubernamentales; 4) organizaciones privadas; 5) individuos; y 6) redes de conocimiento (Karns y Mingst, 2010, pp. 15-21).

A partir del concepto de *gobernanza global* se puede establecer la posibilidad de construir asociaciones entre donantes y receptores, como expone Abrahamsen (2004); esto determinará si las decisiones sobre los procesos de cooperación y la definición del tipo de desarrollo que se busca serán tomadas por los receptores o impuestas por los donantes. Esto quiere decir que la CI está atravesada por intereses particulares: en un sistema de autoayuda, las posibilidades de trabajo conjunto se ven mediadas por las instituciones internacionales. A pesar de que su intención es facilitar la interacción y la construcción de acuerdos entre los actores del sistema internacional, son definidas por los donantes, que suelen ser los Estados con mayor influencia en los procesos de toma de decisión.

Si bien puede ser vista como otra estrategia de dominación, la asociación permite mayor empoderamiento y responsabilidad en la toma de decisiones, aunque sea una forma de gubernamentalidad¹⁰ li-

10 Tomando como referencia a Michel Foucault, la gubernamentalidad comprende tres elementos: 1) “el conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esa forma bien específica, aunque muy compleja, de poder que tiene por blanco principal la población, por forma mayor de saber la economía política y por instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad”; 2) “la tendencia, la línea de fuerza que, en todo Occidente, no dejó de conducir, y desde hace mucho, hacia la preeminencia del tipo de poder que podemos llamar ‘gobierno’ sobre todos los demás: soberanía, disciplina, y que indujo, por un lado, el desarrollo de toda una serie de saberes”; y 3) “el proceso o, mejor, el resultado del proceso en virtud del cual el Estado de justicia de la Edad Media, convertido en Estado administrativo durante los siglos xv y xvi, se ‘gubernamentalizó’ poco a poco” (2007, p. 136).

beral avanzada desde compromisos de autogobierno y agencia (Abrahamsen, 2004), puesto que permite el manejo del comportamiento y la definición de intereses dentro de los Estados.

Lo anterior nos lleva a la pregunta sobre la verdadera libertad de los agentes bajo contextos de asociación en un sistema de autoayuda, es decir, si la CI realmente facilita la realización de los objetivos de los Estados a partir de la coordinación de políticas. Aunque los incentivos utilizados son eficientes, en tanto permiten disminuir la potencialidad de conflicto, no queda claro si la gobernanza global brinda libertad de acción a los agentes internacionales o si potencia el desarrollo de una autodisciplina en la cual los actores son responsables de su propio desarrollo y están sometidos a una normalización de las formas de producción, la construcción de procesos de CI y la ayuda oficial para el desarrollo.

Podemos concluir que la CI es posible desde la perspectiva del institucionalismo neoliberal gracias a la mediación de los regímenes, organizaciones e instituciones internacionales, que permiten la coordinación de políticas y la construcción de acuerdos entre los actores del sistema internacional, para obtener ganancias comunes a partir de la cooperación.

El comportamiento cooperativo permite alcanzar resultados orientados a la satisfacción del interés de un Estado a partir de su orden de preferencias, teniendo en cuenta los incentivos pertinentes para potenciar esta acción cooperativa. Esto es posible a partir de la existencia de regímenes internacionales: cooperar es una actividad más sencilla y ventajosa para los actores involucrados cuando interviene un régimen internacional, pues este aumenta las capacidades de comunicación, disminuye la incertidumbre y permite la implementación de un sistema de seguimiento y castigo, en caso de ser necesario. Pero esto aplica a los países que están sometidos al discurso del desarrollo, que media la relación entre donante y receptor a partir de la diferenciación entre desarrollado y subdesarrollado o en vías de desarrollo.

El centro de los procesos de CI ha sido la promoción y el fortalecimiento del desarrollo, principalmente económico, con un interés en la reducción y eliminación de la pobreza, pero también en la consolidación de los intereses comerciales y políticos de los Estados

donantes, frente a las necesidades e intereses de los receptores. Al ser un proceso de construcción social, la interacción de los actores y su orden de preferencias definen las posibles líneas de acción, que a partir de la normalización de conductas reducen las condiciones y potencialidades de conflicto. Esto nos muestra que las posibilidades de la CI son muy amplias, pero están mediadas por intereses individuales que someten la toma de decisiones a procesos de normalización y subordinan la coordinación de políticas en favor de los países en vías de desarrollo a los intereses políticos y comerciales de los países desarrollados.

Referencias

- Abrahamsen, R. (2004). The Power of Partnership in Global Governance. *Third World Quarterly*, 25, 88, 1453-1467.
- Barnett, M. y Finnemore, M. (2004). *Rules of the World. International Organizations in Global Politics*. Ithaca: Cornell University Press.
- Duffield, M. (2001). *Global Governance and the New Wars. The Merging of Development and Security*. Londres y Nueva York: Zed Books.
- Foucault, M. (2007). *Seguridad, territorio, población*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Gilpin, R. (1981). *War and Change in World Politics*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Grasa, R. (2014). *La cooperación internacional para el desarrollo en Colombia: una visión orientada hacia el futuro*. Bogotá: APC Colombia.
- Hasenclever, A., Mayer, P. y Rittberger, V. (1997). *Theories of International Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hönke, J. y Lederer, M. (2013). Development and International Relations. En: W. Carlsnaes, T. Risse y B. Simmons, *Handbook of*

- International Relations* (pp. 775-801). Londres: Sage Publications.
- Jervis, R. (1988, abril). Realism, Game Theory and Cooperation. *World Politics*, 40, 3, 317-349.
- Karns, M. y Mingst, K. (2010). *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.
- Keohane, R. O. (1984). *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*. Princeton: Princeton University Press.
- - -. (1993). *Instituciones internacionales y poder estatal*. Buenos Aires: GEL.
- - -. y Nye, J. (1988). *Poder e interdependencia: la política mundial en transición*. Buenos Aires: GEL.
- Lancaster, C. (2007). *Foreign Aid: Diplomacy, Development, Domestic Politics*. Chicago: The Chicago University Press.
- Lipson, C. (1984). International Cooperation in Economic and Security Affairs. *World Politics*, 37, 1, 1-23.
- - -. (1993). International Cooperation in Economic and Security Affairs. En: D. Baldwin (coord.), *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate* (pp. 60-84). Nueva York: Columbia University Press.
- Martens, B. (2005, noviembre). Why Do Aid Agencies Exist. *Development Policy Review*, 23, 6, 643-663.
- North, D. C. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Olson, M. (1992). *La lógica de la acción colectiva. Bienes públicos y teoría de grupos*. México: Limusa.
- Riddell, R. C. (2007). *Does Foreign Aid really Works?* Oxford: Oxford University Press.
- Rist, G. (1998). *The History of Development. From Western Origins to Global Faith*. Nueva York: Zed Books.
- Ruggie, J. G. (1975). International Responses to Technology: Concepts and Trends. *International Organization*, 29, 3, 557-583.
- Snidal, D. (1985). Coordination vs. Prisoner's Dilemma: Implications for International Cooperation and Regimes. *The American Political Science Review*, 79, 4, 923-942.

- Stein, A. (1993). Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic World. En: D. Baldwin (coord.), *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate* (pp. 29-59). Nueva York: Columbia University Press.
- Strange, S. (1982). Cave! Hic Dragons: A Critic of Regime Analysis. *International Organization*, 36, 2, 479-496.
- - -. (1996). *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in World Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tassara, C. (2012). Relaciones internacionales y cooperación al desarrollo: políticas, actores y paradigmas. En: J. Agudelo (coord.), *Debates sobre la cooperación internacional para el desarrollo* (pp. 15-81). Cartagena: Escuela Latinoamericana de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Índice analítico y onomástico

| 88 |

Abrahamsen, Rita 81, 83, 84

actores

internacionales 59, 68, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 83, 84

privados 73, 76

acuerdos internacionales 69, 70-74, 82, 83, 84

agentes 69, 70, 72, 84

anarquía 68, 70, 72

autoayuda 67, 68, 74, 78, 83, 84

autointerés 72, 79

ayuda

agencias 77, 80

externa o internacional 79-80

oficial para el desarrollo 76-77, 79-81, 84

Barnett, Michael 70

cambio institucional 69

convenciones 73

corporaciones transnacionales 76

desarrollo 67, 68, 75-77, 79-81, 83-85

desigualdad, disminución o erradicación de la 76

Duffield, Mark 70

Finnemore, Martha 70

Foucault, Michel 83

Führer, Helmut 77

Gilpin, Robert 78

gobernanza global 82-85

actores 82-83

componentes 82

definición 82

gubernamentalidad 68, 83

Hasenclever, Andreas 71, 73

incentivos 68, 71, 74, 78, 84

institucionalismo neoliberal 67, 68, 69, 73, 75, 84

institucionalización 70

instituciones 68-69, 71, 73-74

internacionales 73, 83, 84

Jervis, Robert 77, 78
 Karns, Margaret 82, 83
 Keohane, Robert 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74
 Krasner, Stephen 71, 72
 Lipson, Charles 73, 79
 Mayer, Peter 71, 73
 Mingst, Karen 82, 83
 North, Douglass 68-69
 ODA *véase* ayuda oficial para el desarrollo
 Olson, Mancur 71, 78
 organizaciones
 intergubernamentales formales 70, 82-83
 no gubernamentales 70, 76, 82, 83
 países
 donantes 68, 77, 79-81, 83, 84, 85
 en vías de desarrollo o subdesarrollados 75, 76-77, 80, 84, 85
 receptores 68, 77, 79-81, 83, 84, 85
 pobreza, disminución o erradicación de la 76, 81, 84
 regímenes internacionales 71-73, 74, 78, 79, 82, 84
 relaciones internacionales como disciplina 68
 Riddell, Roger C. 77, 79, 81
 Rittberger, Volker 71, 73
 sistema internacional
 actores 82-83
 y desarrollo 79-81
 Snidal, Duncan 74
 sociedad civil organizada 76
soft law 82
 Stein, Arthur 78, 79
 Strange, Susan 72, 76
 Truman, Harry 75

CAPÍTULO III

El sistema de comercio internacional y la gobernanza global: el objetivo 8 del Milenio y los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la agenda 2030

*Walter Arévalo Ramírez y Laura Victoria García Matamoros
(Colombia)*

Introducción: los Objetivos del Milenio (ODM)

En la Declaración del Milenio se adoptaron como “valores y principios” las consignas de respetar y defender la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial, con especial atención en las poblaciones más vulnerables. Las fórmulas para alcanzar estas metas se basan en el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales y la cooperación internacional para resolver los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario (ONU, 2000, I, num. 2,3), y en la distribución más igualitaria de los beneficios y costos de la mundialización. Sobre este aspecto, la Declaración afirma:

Creemos que la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien

ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos. Reconocemos que los países en desarrollo y los países con economías en transición tienen dificultades especiales para hacer frente a este problema fundamental. Por eso, consideramos que solo desplegando esfuerzos amplios y sostenidos para crear un futuro común, basado en nuestra común humanidad en toda su diversidad, se podrá lograr que la mundialización sea plenamente incluyente y equitativa. Esos esfuerzos deberán incluir la adopción de políticas y medidas, a nivel mundial, que correspondan a las necesidades de los países en desarrollo y de las economías en transición y que se formulen y apliquen con la participación efectiva de esos países y esas economías. (ONU, 2000, I, num. 5)

Así mismo, se establecen como valores fundamentales para emprender la realización del desarrollo los siguientes: libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, respeto de la naturaleza y responsabilidad común. Sobre este último, se reconoce que la gestión del desarrollo económico y social en el mundo es responsabilidad de la comunidad internacional y debe ser ejercida multilateralmente, con un papel protagónico de la Organización de las Naciones Unidas.

Se intenta plasmar todo lo anterior en objetivos concretos que se refieren a diferentes aspectos del desarrollo. Para los intereses de este estudio, es necesario tener en cuenta el siguiente: hacer realidad el derecho al desarrollo para los mil millones de seres humanos que viven en condiciones de pobreza extrema. Esto implica reconocer la necesidad de “la buena gestión de los asuntos públicos en el plano internacional y de la transparencia de los sistemas financieros, monetarios y comerciales [...y de...] un sistema comercial y financiero multilateral abierto, equitativo, basado en normas, previsible y no discriminatorio” (ONU, 2000, I, num. 13).

Se reconoce que los países industrializados deben, entre otras cosas, adoptar una política de apertura sin restricciones para las exportaciones provenientes de los países menos adelantados (ONU, 2000, III, num. 15) y avanzar seriamente hacia el alivio o la cancela-

ción de las deudas de los países pobres más endeudados. Así mismo, como tema transversal a todo el desarrollo, se reconoce la necesidad de proteger el planeta y su medio ambiente y avanzar dentro del marco del “desarrollo sostenible”¹.

Por otro lado, en los objetivos que atañen al fortalecimiento de las Naciones Unidas apenas se propone “velar por que exista una mayor coherencia y una mejor cooperación en materia normativa entre las Naciones Unidas, sus organismos, las instituciones de Breton Woods y la Organización Mundial del Comercio, así como otros órganos multilaterales, con miras a lograr criterios perfectamente coordinados en lo relativo a los problemas de la paz y el desarrollo” (ONU, 2000, III, num. 30).

Justificación y metodología de un análisis del ODM 8, el legado del sistema multilateral de comercio frente al desarrollo y los ODS

El propósito de este escrito es presentar un balance de la actuación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) como promotora del desarrollo, en el marco de la necesidad de fomentar y consolidar un sistema comercial multilateral abierto, basado en normas claras y justas, no discriminatorio y equitativo, que contribuya eficazmente al crecimiento económico, a la generación de empleo y, en general, al desarrollo y a la superación de las brechas entre los países más y menos desarrollados. Esto, a la luz de las metas propuestas por el ODM 8 en su agenda hasta y post 2015 y las contribuciones de esta

1 Son diversas y plurifuncionales las numerosas definiciones de *desarrollo sostenible*. Aun así, una de las más integradoras, claras y fácilmente operables y defendibles en contextos con agendas tan diferentes como Unesco, OMC y Ecosoc sigue siendo la clásica definición del llamado Informe Brundtland A/42/427 de 1987 (*Our Common Future*), en la que se lo entiende como aquel que “garantiza las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.

experiencia a la llamada agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Se plantea una revisión general del cumplimiento de las sub-metas del ODM 8 y el alcance del apoyo de los Estados a los compromisos adquiridos en la Ronda de Doha de la OMC para promover el ingreso y la mayor participación en el sistema de los países en desarrollo, menos adelantados y con economías en transición. También se plantean reflexiones acerca de si realmente se ha logrado avanzar hacia la coherencia y cohesión de los sistemas monetarios, financieros y comerciales internacionales en apoyo al desarrollo. Así mismo, se analizan las perspectivas hacia esa “nueva alianza mundial” en favor del desarrollo y sus retos en la agenda post 2015 hacia 2030.

La literatura reciente alienta este tipo de estudios: pasados ya un par de años desde el punto propuesto para medir el impacto de los ODM, la llamada “agenda post 2015”, son varias las contribuciones que coinciden en sus observaciones sobre la materia (cercanas a las que pretendemos abordar en este documento), desde contextos geográficos distintos. Por ejemplo, los estudios sobre el desarrollo en África (D’Alessandro y Leo, 2017), sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales y los países desarrollados en la consecución de los ODM (Bexell y Jönsson, 2017) y sobre cooperación y desarrollo (Michalopoulos, 2017).

Estas tres contribuciones analíticas al debate coinciden en afirmar que la medición del cumplimiento de los ODM conlleva repensar la forma de entender y de responsabilizar a los actores de la sociedad internacional en la consecución de los ODS. Coinciden también en evidenciar que los ODS, al enfocar de manera directa los esfuerzos en amenazas como los desastres ambientales, la deuda y la pobreza, pueden estar desarrollando una noción de *causalidad* entre estos fenómenos y las necesidades globales, que reduzca la responsabilidad de los grandes actores del sistema de comercio multilateral y la sociedad internacional. El ODM 8 puso esta circunstancia en el centro del debate, experiencia que, aunque insuficiente, debe permanecer y es susceptible de ser perfeccionada camino a 2030. La experiencia del ODM 8, al que se describe como un objetivo bien diseñado, pero pobremente evaluado, no puede ser repetida en los próximos años en la implementación de los ODS.

Igualmente, el reciente análisis de Patrick Messerlin (2017) demuestra la necesidad de plantear la reflexión presente en este escrito sobre la interacción entre el ODM 8 y los futuros resultados de los ODS, al recopilar las distintas posturas que sobre el rol del comercio en el desarrollo se dieron durante la redacción, implementación y evaluación de los ODM y durante la negociación de los ODS. Comenzando por una agenda favorable al comercio multilateral de cara a la propuesta inicial de los ODM en 2002, que se basó en el ideal del impacto positivo que el comercio justo podía tener sobre el desarrollo y luego se desinfló en estériles negociaciones dentro de la OMC y sus rondas, en el período que justamente coincidía con la implementación de los ODM (desde 2005 hasta 2015), en el cual se evidenciaron las falencias en los reportes del ODM 8 (Annual MDG 8 Gap Reports):

UNA OPORTUNIDAD PERDIDA: LOS INFORMES SOBRE EL ODM 8

A pesar de las diferencias de enfoque entre los ODM y los ODS, un instrumento podría haber establecido un vínculo útil entre ellos: los informes anuales del octavo ODM. En mayo de 2007, el Secretario General de la ONU estableció un grupo de trabajo de los ODM integrando más de 30 agencias internacionales y de la ONU para monitorear la implementación del ODM 8 “Desarrollar una asociación mundial para el desarrollo”. Los informes abarcaron no solo cuestiones comerciales, sino también asistencia oficial para el desarrollo, alivio de la deuda, acceso a medicamentos y nuevas tecnologías (especialmente información y comunicación) –todos temas prominentes y altamente cargados. Sin embargo, su impacto en materia comercial ha sido mínimo, ya que no pudieron transmitir a los ODS que la política comercial podría ser una herramienta de desarrollo y gobernanza. (Messerlin, 2017, pp. 7-10)

Esta coyuntura terminaría generando una pérdida de interés en el asunto del comercio multilateral, que se vería reflejada en la casi ausencia material de un discurso directo relativo al comercio multilateral realizado adecuadamente y su rol en la sostenibilidad, algo que sí existía en el ODM 8 respecto al desarrollo. Razón suficiente para profundizar en estas interacciones de cara a la futura agenda 2030.

Metodológicamente, el presente capítulo de investigación se apoya en instrumentos de investigación, tanto cuantitativos como cualitativos, para ofrecer un diagnóstico amplio de las interrelaciones entre los instrumentos normativos de la OMC, sus tareas organizacionales y los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Esas herramientas se utilizan también para establecer las conexiones entre el cumplimiento de los ODM, el aporte de la OMC y los retos futuros que debe enfrentar esa institución para tener un rol determinante en el cumplimiento de los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Entre los instrumentos cualitativos se encuentran relaciones de causalidad entre las herramientas de la normatividad de la OMC, las metas concretas de los ODM, sus indicadores y los futuros ODS. Entre los instrumentos cuantitativos, se emplean análisis estadísticos de la proporción de importaciones de los países desarrollados procedentes de los países en desarrollo y los países menos adelantados, admitidas sin pagar tarifas, para estudiar el impacto de las tareas de la OMC en el comercio justo y equitativo. En cuanto a metodologías de investigación jurídica, se hace uso de herramientas de la metodología del comparativismo funcional (Kennedy, 1997), pues se identifican instrumentos concretos dentro de diferentes ordenamientos jurídicos o instrumentos internacionales (normas y rondas de la OMC, documentos de los ODM y los ODS, normatividad del Banco Mundial) que buscan solucionar el mismo problema y se los compara en su eficacia y funcionalidad.

La relación entre el cumplimiento de los objetivos de la Declaración y el perfeccionamiento del sistema internacional de comercio

La Declaración pone en evidencia la relación directa entre la posibilidad de obtener las metas propuestas y la necesidad de perfeccionar las prácticas del sistema internacional de comercio para lograrlo. La preocupación por el desarrollo y por la protección del derecho al desarrollo como compendio de los derechos humanos está presente y se identifica como una necesidad para combatir la pobreza y lograr que

las Naciones Unidas cumplan con su objetivo de ser garante de la paz justa y duradera, pero no se manifiesta en resultados concretos. En términos de Philip Alston, “los derechos humanos y estos objetivos son como barcos que se cruzan en la noche” (citado en ONU, 2005b, p. 13, num. 50).

La Declaración es tímida al relacionar el sistema de comercio internacional con la protección de los derechos humanos –fundamentalmente el derecho al desarrollo– y, en consecuencia, al afirmar la prioridad de estos sobre las consideraciones del comercio internacional. Admite que el cumplimiento de las metas solo es posible si se incluye el compromiso, en el plano interno, de lograr una buena gestión de los asuntos públicos y la reducción de la pobreza en cada país, y si se logra atender, en el plano internacional, las necesidades especiales de los países menos adelantados. Esto implica el acceso libre de aranceles y cupos para las exportaciones de los países menos adelantados, un programa mejorado de alivio de la deuda de los países pobres muy endeudados, la cancelación de la deuda bilateral oficial y la concesión de una asistencia oficial para el desarrollo más generosa a los países que hayan mostrado su determinación de reducir la pobreza. Implica también atender las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral y de los pequeños Estados insulares en desarrollo; encarar de manera general los problemas de la deuda de los países en desarrollo con medidas nacionales e internacionales, a fin de hacer sostenible la deuda a largo plazo; elaborar y aplicar, en cooperación con los países en desarrollo, estrategias que ofrezcan a los jóvenes un trabajo digno y productivo; proporcionar, en cooperación con las empresas farmacéuticas, acceso a los medicamentos esenciales en los países en desarrollo; y velar, en cooperación con el sector privado, por que se puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular los de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Se hace evidente, entonces, la necesidad de replantear las relaciones económicas y el sistema de comercio internacional con el propósito de lograr una redistribución más equilibrada de los beneficios de la globalización en todos sus aspectos: financieros, económicos, científicos, tecnológicos, etc.

El ODM 8: metas e indicadores para diseñar un sistema internacional de comercio a favor del desarrollo equitativo

Ahora bien, para analizar el estado actual de los propósitos iniciales de la Declaración y sus perspectivas hacia las nuevas metas, es necesario tener claridad sobre el objetivo 8, “fomentar una alianza mundial para el desarrollo”, en la medida en que es el punto de unión entre las metas construidas en la Declaración y el rol del sistema multilateral de comercio en la búsqueda mundial de los ODM. También, porque este es el objetivo que involucra las responsabilidades de los países desarrollados frente a aquellos en desarrollo y, como lo han reconocido las Naciones Unidas, los avances en la aplicación del ODM 8 son fundamentales para el logro de los otros siete (ONU, 2005a).

El punto de partida institucional para abordar las relaciones entre el sistema de comercio internacional y el desarrollo fue la Conferencia Ministerial de Doha, que tuvo lugar en noviembre de 2001. Allí se plasmaron, en medio de duras negociaciones, objetivos concretos encaminados a la renegociación del concepto de *desarrollo* desde la perspectiva del comercio internacional. La declaración que reflejó los compromisos acordados en esta conferencia reafirmó la convicción de la OMC de que el sistema de libre mercado es fundamental para llegar al desarrollo y acabar con la pobreza; sin embargo, reconoció la existencia de desequilibrios y propuso una agenda de trabajo que incluyó los desafíos para el sistema comercial multilateral en aspectos sensibles para los países en vías de desarrollo y menos adelantados. Entre estos se cuentan la agricultura (distorsiones del mercado agrícola, seguridad alimentaria, desarrollo rural, etc.); el comercio de servicios; la facilitación del acceso al mercado de los productos no agrícolas provenientes de los países en desarrollo; la reinterpretación de los derechos de propiedad intelectual respetando la salud pública y promoviendo el acceso a los medicamentos (OMC, *The Doha Declaration*); y la protección del folclore y los saberes tradicionales teniendo en cuenta la dimensión del desarrollo y los intereses específicos de los países menos adelantados. Se dedicó un capítulo particular al trato especial y diferenciado, en el cual se cimientan bue-

na parte de las aspiraciones de los países en desarrollo (véase García Matamoros, 2010).

Ahora bien, para analizar específicamente el estado actual de la relación entre el sistema de comercio internacional y los objetivos de desarrollo, es necesario tener en cuenta las seis metas en que el ODM 8 ha sido desglosado, frente a las cuales se han formulado alrededor de quince indicadores en cuyo seguimiento se evidencian tanto avances como retos por superar. Sin duda, tales metas reflejan importantes preocupaciones, que como ya se mencionó involucran las necesidades de los países más necesitados y vulnerables: la apertura, transparencia y equilibrio del comercio y las finanzas en el ámbito internacional; la realización de derechos humanos concretos como el trabajo para los más jóvenes y la salud para todos, y el acceso a la ciencia y la tecnología.

Para el logro de esas metas se han propuesto indicadores agrupados en tres aspectos: asistencia para el desarrollo, mejoramiento del sistema comercial y problemas de la deuda externa. Esto con miras a fortalecer, en diferentes escenarios, las economías de los países en desarrollo y menos adelantados. En el siguiente cuadro, presentamos las seis metas con los grupos de indicadores que les corresponden:

Indicadores del ODM 8, según el Informe 2014 del Grupo de tareas sobre el desfase en el logro de los ODM²

<p>8.A Desarrollar aún más un sistema financiero basado en normas, previsible y no discriminatorio.</p>	<p>Asistencia oficial para el desarrollo (AOD)</p> <hr/> <p>8.1 AOD neta, en total y para los países menos adelantados, como porcentaje del ingreso nacional bruto de los donantes miembros del Comité de Asistencia para el Desarrollo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (CAD/OCDE).</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2 ONU, 2014a.

<p>8.B Atender las necesidades especiales de los países menos adelantados.</p>	<p>8.2 Proporción del total de la AOD bilateral y por sectores que los donantes miembros del CAD/OCDE destinan a los servicios sociales básicos (enseñanza básica, atención primaria en salud, nutrición, agua potable y saneamiento).</p>
<p>8.C Atender las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo.</p>	<p>8.3 Proporción de la AOD bilateral de los donantes miembros del CAD/OCDE que no está condicionada.</p>
	<p>8.4 AOD recibida por los países en desarrollo sin litoral en proporción a su ingreso nacional bruto.</p>
	<p>8.5 AOD recibida por los pequeños Estados insulares en desarrollo en proporción a su ingreso nacional bruto.</p>
	<p>Acceso a los mercados</p>
	<p>8.6 Proporción de las importaciones de los países desarrollados (por su valor y excepto armamentos) procedentes de países en desarrollo y de los países menos adelantados, admitidas sin pagar derechos.</p>
	<p>8.7 Aranceles medios aplicados por los países desarrollados a los productos agrícolas y textiles y las prendas de vestir procedentes de países en desarrollo.</p>
	<p>8.8 Estimación de la ayuda agrícola de los países miembros de la OCDE como porcentaje de su producto interno bruto.</p>
	<p>8.9 Proporción de la AOD destinada a fomentar la capacidad comercial.</p>

	Sostenibilidad de la deuda	
<p>8.D Encarar de manera general los problemas de la deuda de los países en desarrollo.</p>	<p>8.10 Número total de países que han alcanzado el punto de decisión y número total de países que han alcanzado el punto de culminación de la Iniciativa en favor de los países pobres muy endeudados (acumulativo).</p> <p>8.11 Alivio de la deuda comprometida conforme a la Iniciativa en favor de los países pobres muy endeudados y la Iniciativa para el alivio de la deuda multilateral.</p> <p>8.12 Servicio de la deuda como porcentaje de las exportaciones de bienes y servicios.</p>	<p> 101 </p>
<p>8.E En cooperación con las empresas farmacéuticas, proporcionar acceso a los medicamentos esenciales en los países en desarrollo.</p>	<p>8.13 Proporción de la población con acceso sostenible a medicamentos esenciales a precios asequibles.</p>	
<p>8.F En cooperación con el sector privado, velar por la expansión de los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de la información y las comunicaciones.</p>	<p>8.14 Líneas de teléfono por cada 100 habitantes.</p> <p>8.15 Abonados a teléfonos celulares por cada 100 habitantes.</p> <p>8.16 Usuarios de internet por cada 100 habitantes.</p>	

Cuadro 1. Indicadores del ODM 8. Elaboración propia.

A partir de este planteamiento general de las metas y sus indicadores, podemos entrar a observar la relación específica entre las metas del ODM 8 y las tareas esenciales de la OMC, que puede servir como referente para entender la relación de pertenencia entre estos objetivos y la actividad constante de la organización, buscando un punto de intersección entre la finalidad de la liberalización del comercio y el desarrollo (Vandermoortele, Kamal y Lim, 2003), y también justificando el rol fundamental de la OMC y las exigencias que sobre ella se pueden predicar frente al cumplimiento de estas metas.

Antes de desarrollar esta correlación de factores, vale la pena recordar los principios fundamentales de la OMC, organización que pretende incentivar al máximo la liberalización del comercio, la cual considera, según su propia doctrina (Lester, Mercurio y Davies, 2012), un medio para aumentar el bienestar de la sociedad internacional y generar mejores condiciones de vida, especialmente en los países en vías de desarrollo.

En este sentido, la OMC se define como un sistema de comercio internacional que pretende generar:

1. *Libertad*, pues busca derribar los obstáculos que afectan la libertad del comercio.
2. *Seguridad jurídica*, puesto que ofrece a gobiernos, personas e inversionistas cierto nivel de seguridad frente al panorama del comercio internacional. Por ejemplo, un Estado que se comprometió a fijarle un límite a una tarifa arancelaria o aumentó la cuota arancelaria de productos que pueden entrar en un período de tiempo determinado, no podrá retractarse de esos compromisos sin arriesgarse a compensar a los Estados que se hayan visto afectados.
3. *Competitividad*, pues desincentiva prácticas que manipulan los precios de los productos de manera artificial, tales como los subsidios y el *dumping*.

Teniendo en mente los principios y objetivos del sistema de la OMC, procedemos a correlacionar sus actividades esenciales con los elementos esenciales del ODM 8.

Relación entre las actividades principales de la OMC³ y las metas del ODM 8

Actividad – objetivo esencial de la OMC y sus acuerdos	Submeta del ODM 8 directamente relacionada con una actividad de la OMC
<p>La negociación de la reducción o eliminación de los obstáculos al comercio (aranceles de importación u otros obstáculos) y acuerdos sobre las normas que rigen el comercio internacional (por ejemplo, medidas antidumping, subvenciones, normas sobre productos, etc.).</p>	<p>8.B: atender las necesidades especiales de los países menos adelantados. 8.C: atender las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo. 8.E: en cooperación con las empresas farmacéuticas, proporcionar acceso a los medicamentos esenciales en los países en desarrollo.</p>
<p>La administración y vigilancia de la aplicación de las normas acordadas en la OMC que regulan el comercio de mercancías y servicios y los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.</p>	<p>8.A: desarrollar aún más un sistema financiero basado en normas, previsible y no discriminatorio. 8.E: en cooperación con las empresas farmacéuticas, proporcionar acceso a los medicamentos esenciales en los países en desarrollo.</p>

³ OMC, *Visión general*.

	<p>8.F: en cooperación con el sector privado, velar por la expansión de los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de la información y las comunicaciones.</p>
<p>La vigilancia y el examen de las políticas comerciales de sus miembros y la consecución de la transparencia en los acuerdos comerciales regionales y bilaterales.</p>	<p>8.A: desarrollar aún más un sistema financiero basado en normas, previsible y no discriminatorio. 8.B: atender las necesidades especiales de los países menos adelantados.</p>
<p>La solución de diferencias entre los miembros sobre la interpretación y aplicación de los acuerdos.</p>	<p>8.A: desarrollar aún más un sistema financiero basado en normas, previsible y no discriminatorio. 8.B: atender las necesidades especiales de los países menos adelantados. 8.C: atender las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo.</p>
<p>El fortalecimiento de la capacidad de los funcionarios públicos de los países en desarrollo en asuntos relacionados con el comercio internacional.</p>	<p>8.B: atender las necesidades especiales de los países menos adelantados. 8.C: atender las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo.</p>

<p>La prestación de asistencia en el proceso de adhesión de unos 30 países que todavía no son miembros de la OMC.</p>	<p>8.A: desarrollar aún más un sistema financiero basado en normas, previsible y no discriminatorio. 8.B: atender las necesidades especiales de los países menos adelantados. 8.C: atender las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo.</p>
<p>La realización de estudios económicos y la recopilación y difusión de datos comerciales en apoyo de las demás actividades principales de la OMC.</p>	<p>8.A: desarrollar aún más un sistema financiero basado en normas, previsible y no discriminatorio. 8.D: encarar de manera general los problemas de la deuda de los países en desarrollo. 8.F: en cooperación con el sector privado, velar por la expansión de los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de la información y las comunicaciones.</p>
<p>La explicación y difusión al público de información sobre la OMC, su misión y sus actividades.</p>	<p>8.A: desarrollar aún más un sistema financiero basado en normas, previsible y no discriminatorio. 8.F: en cooperación con el sector privado, velar por la expansión de los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de la información y las comunicaciones.</p>

Cuadro 2. Actividades principales de la OMC y metas del ODM 8. Elaboración propia.

Los cuadros anteriores demuestran que más allá de la enunciación de los indicadores elegidos para las submetas, su consecución se encuentra directamente ligada a los éxitos y fracasos de las conferencias ministeriales de la OMC⁴, la aplicación permanente de sus acuerdos y la eficacia de sus normas. Las actividades de la OMC, que preceden en el tiempo a los ODM, son la base para el cumplimiento del objetivo 8, y solo de su alineación con estos fines depende la obtención de resultados a nivel mundial, más allá de pequeños éxitos locales. A su vez, los principios originarios del GATT, inspiradores de la OMC de hoy, ya preveían muchas de las intenciones de los ODM, demostrando la coherencia por lo menos teórica entre los fines de los dos sistemas de principios:

Los principios fundamentales y rectores de la OMC siguen siendo la apertura de las fronteras, la garantía del principio de la nación más favorecida y del trato no discriminatorio entre los miembros, así como el compromiso de lograr la transparencia en sus actividades. La apertura de los mercados nacionales al comercio internacional, con excepciones justificables o con la flexibilidad adecuada, fomentará y favorecerá el desarrollo sostenible, mejorará el bienestar de las personas, reducirá la pobreza y promoverá la paz y la estabilidad. Al mismo tiempo, esa apertura de los mercados debe ir acompañada de políticas nacionales e internacionales racionales que contribuyan al crecimiento económico y al desarrollo en consonancia con las necesidades y aspiraciones de cada uno de los miembros. (OMC, *Principios fundamentales*)

4 Conferencias ministeriales previas: Nairobi, 15-18 de diciembre de 2015; Bali, 3-6 de diciembre de 2013; Ginebra, 15-17 de diciembre de 2011; Ginebra, 30 de noviembre-2 de diciembre de 2009; Hong Kong, 13-18 de diciembre de 2005; Cancún, 10-14 de septiembre de 2003; Doha, 9-13 de noviembre de 2001; Seattle, 30 de noviembre-3 de diciembre de 1999; Ginebra, 18-20 de mayo de 1998; Singapur, 9-13 de diciembre de 1996.

Este punto será ampliado más adelante, cuando se estudie la relación de los resultados de Bali en el marco de la Ronda de Doha con el impacto de las normas concretas de la OMC en el ODM 8, así como su nexa con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, según las submetas indicadas en la resolución A/RES/70/1.

La doctrina y los esfuerzos concretos de la OMC respecto a la alianza del y por el ODM 8

El discurso institucional de la OMC frente a su relación con el ODM 8 y con los demás Objetivos del Milenio reconoce el papel fundamental del sistema internacional de comercio en la búsqueda de un mundo más equitativo.

Como lo indican sus propios documentos en materia de ayuda al desarrollo, la OMC percibe de forma especial el ODM 8, pues lo considera prerrequisito para la consecución de los demás Objetivos del Milenio: el ODM 8 y cada una de sus metas deben preexistir como condición habilitante para que los demás sean logrados de forma plena, eficiente y uniforme.

Según la OMC, la existencia de un sistema estable, reglado y abierto de comercio multilateral es necesaria para construir un ambiente internacional favorable en lo político y económico a los países en desarrollo y sus retos, partiendo del reto universal de la eliminación de la pobreza, que en gran medida depende de las macropolíticas de comercio mundial (OMC, *WTO: Millennium Development Goals*).

La OMC reconoce en la estructura del ODM 8 un elemento que hace parte de su propia historia: la noción de “alianza mundial” (ONU, 2008), antes requerida para la liberalización del comercio y hoy necesaria para el desarrollo. Los documentos de la OMC en materia de desarrollo hacen analógico su mandato original, que ordenaba la coordinación de las políticas comerciales internacionales con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, con la “nueva alianza” de la que la OMC se siente parte articulada y que involucra a numerosas organizaciones, incluyendo por supuesto los motores de los ODM, como las Naciones Unidas y la OCDE. En ese contexto, la

OMC predica ante todo un rol de promoción, coordinación y cooperación para la gestión de “ambientes propicios” en materia de comercio internacional para la consecución del ODM 8 y por vía de este, de los demás Objetivos del Milenio.

En la doctrina de la OMC para la creación de este ambiente propicio al desarrollo tiene un rol especial la noción de *flexibilidades*, ampliamente desarrollada en las normas de la OMC, y de la cual son receptores los países en desarrollo y menos desarrollados. Según la organización, estos instrumentos son el mecanismo por excelencia para fomentar la participación en el comercio, el crecimiento y el cumplimiento de las obligaciones comerciales de los países en desarrollo, con efectos benéficos para su crecimiento. Por otro lado, el modelo de flexibilidades también ha sido criticado por funcionar como excepciones a reglas generales dentro de la OMC, pero no constituir un marco legal pleno y definido para los países en desarrollo dentro de la organización (véase Rolland, 2012).

En todo caso, bajo el modelo actual sin flexibilidades, el comercio internacional se vuelve prohibitivo o va en detrimento del desarrollo de la población más necesitada de los países en desarrollo (OMC, *WTO: Millennium Development Goals*). Para el ODM 8 es clave referenciar la participación de la OMC en la Cuarta Conferencia de Naciones Unidas para los Países Menos Adelantados (Estambul, 2011), cuyos programa y compromisos se extienden hasta 2020, lo que implica que serán concomitantes con la aprobada agenda 2015, que se extiende hasta 2030. En su sincronización ya se presentan debates estructurales en materia de comercio alrededor de lo estipulado en la Declaración de Estambul:

[En la Declaración de Acción de Estambul] hubo poco progreso en las áreas de comercio y de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) porque los países donantes argumentaron que los compromisos nuevos en relación a estos temas deben ser discutidos en otros foros, tales como la Organización Mundial del Comercio o la reunión de revisión de las Naciones Unidas sobre los ODM en el 2015. Particularmente, las demandas de los PMA por una “cosecha temprana” de medidas

de apoyo comercial, especialmente el acceso a mercados libres de impuestos y de cuotas, no fueron adecuadamente atendidas en el documento final. (ONU, 2011)

La documentación de la OMC en materia de esfuerzos concretos para la consecución del ODM 8 da cuenta de un acercamiento directo a los problemas de los países sin litoral y las naciones insulares (OMC, *WTO: Millennium Development Goals*), para las cuales la OMC cuenta con un programa de trabajo que se extenderá a la agenda post 2015 y una participación como aliado en la Conferencia de las Naciones Unidas para los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (SIDS). Mediante el programa de trabajo que se sincroniza con la Declaración de Nairobi, el rol de la OMC en la agenda post 2015 se centrará en el fomento al desarrollo sostenible en estas islas, la concesión de flexibilidades y el apoyo al turismo para el desarrollo.

En materia de medicamentos y salud pública, un asunto explícito en el ODM 8, la OMC ha hecho colaboraciones variadas, que aunque importantes y reforzadas en la Ronda de Doha, no han sido suficientes y se han quedado en el papel, en la medida en que no cuentan con el apoyo decidido de los países desarrollados, que cuestionan fuertemente su ejecución y profundización, sobre todo en materia de protección de patentes (Hogerzeil, 2013). Se sigue debatiendo hoy el llamado principal de la Declaración de Doha en materia de salud pública, que habilita a los Estados a tomar decisiones a favor de la salud de sus ciudadanos, así estas no se compadezcan formalmente con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). La Organización Mundial de la Salud reporta que los mecanismos más trascendentales de la OMC para la consecución de este fin, y que tendrán relevancia en la agenda post 2015, son la importación paralela como derecho del Estado, que permite saltar barreras establecidas por el dueño de la patente; las licencias obligatorias, que autorizan a un gobierno a darle la licencia o patente de una invención a un tercero o una agencia pública sin el permiso de quien la patentó (OMS, *The Doha Declaration*), y la extensión hasta 2016 del período de transición para los países en desarrollo en el pleno cumplimiento de los ADPIC. La extensión

de estos mecanismos puede ser relevante para contribuir al modelo 2030 de los ODM que se explica más adelante.

| 110 |

La contribución de la OMC a la meta F, relativa al acceso a las tecnologías, es definida por la organización como “tangencial”; es decir, su colaboración es indirecta, mediante la liberalización. En esta materia, hubo progresos notables en la Conferencia de Bali, donde se reforzaron dos grupos de trabajo sobre comercio electrónico y sobre intercambio y transferencias de tecnologías.

Esfuerzos directos de la OMC para el logro de las metas del ODM 8 mediante programas, instrumentos y medidas

	Meta del ODM 8	Contribución de la OMC	Instrumentos concretos (logros)
1	8.A: desarrollar aún más un sistema financiero basado en normas, previsible y no discriminatorio. 8.D: encarar de manera general los problemas de la deuda de los países en desarrollo.	Liberalización del comercio, comercio equitativo y justo para los países en desarrollo. Facilidades para los bienes exportados desde países en desarrollo.	Ronda de Doha (véase Hoekman y Nicita, 2010) – <i>Aid for Trade</i> . – <i>Bali Duty-Free and Quota-Free Market Access for Least Developed Countries, Ministerial Decision (WT/MIN(13)/44 or WT/L/919)</i> .
2	8.B: atender las necesidades especiales de los países menos adelantados.	Sistema de flexibilidades favorables a los países en desarrollo para participar	Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas para los Países Menos Adelantados,

		de más acuerdos comerciales.	Estambul 2011 – Declaración de Estambul.
3	8.C: atender las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo.	Fomento al desarrollo sostenible en Estados insulares en desarrollo, concesión de flexibilidades y apoyo al turismo para el desarrollo.	Conferencia de las Naciones Unidas para los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (SIDS) – Declaración de Nairobi – Programa de Trabajo de la OMC para Estados Insulares – Grupo del Banco Mundial para las Islas del Pacífico.
4	8.E: en cooperación con las empresas farmacéuticas, proporcionar acceso a los medicamentos esenciales en los países en desarrollo.	Importación paralela de medicamentos como derecho del Estado. Licencias obligatorias. Derechos de emergencia en materia de licencias. Extensión hasta 2016 del período de transición para los países en desarrollo en el pleno cumplimiento de los ADPIC.	Discusión en Doha en materia de patentes médicas y medidas de los Estados en desarrollo en temas de salubridad versus aspectos materiales de los ADPIC.

5	8.F: en cooperación con el sector privado, velar por la expansión de los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de la información y las comunicaciones.	Liberalización en materia de comercio y transferencia de tecnología. Promoción del comercio electrónico.	Conferencia Ministerial de Bali, <i>Trade and Transfer of Technology Ministerial Decision (WT/MIN(13)/35 or WT/L/910)</i> y <i>Work Programme on Electronic Commerce, Ministerial Decision (WT/MIN(13)/32 or WT/L/907)</i> .
---	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Cuadro 3. Esfuerzos directos de la OMC para el logro de las metas del ODM 8. Elaboración propia.

Las brechas en el cumplimiento del ODM 8: punto de partida para la agenda post 2015

Si bien ha habido algunos progresos en el cumplimiento de los ODM, es claro que no todos podrán ser logrados en los años siguientes a 2015 y mucho antes de 2030. Las dificultades en el avance de la Ronda de Doha para el Desarrollo (véase García Matamoros, 2010), las crisis económicas y financieras de la última década⁵ y la proliferación

5 “Al finalizar el año 2009, muy afectado por la crisis económica mundial, el comercio internacional y sus efectos positivos para el desarrollo de los países que más lo requieren se ven particularmente en riesgo, en la medida en que las dificultades económicas y políticas que deben enfrentar los gobiernos de los países desarrollados en el ámbito interno producen un incremento en las prácticas proteccionistas, conllevan el cierre de los mercados y los convierten en ansiosos buscadores de mercados extranjeros” (García Matamoros, 2010, p. 248).

de acuerdos bilaterales o regionales de libre comercio⁶ son causa de que el espacio multilateral representado en la OMC no haya logrado los objetivos trazados en términos de desarrollo, y que específicamente en materia del ODM 8, los últimos años hayan sido más de estabilidad, de conservación de lo obtenido, que de progreso desbordado o de repunte para superar las brechas faltantes (OMC, 2014a)⁷.

A pesar de máximos históricos en materia de asistencia oficial para el desarrollo en 2013-2014 (ONU, 2014b), se hacen evidentes algunas falencias en su distribución: cada vez más, la AOD se separa de los países menos adelantados y se concentra en “grandes receptores

6 “Otra cuestión imprevista e importante que se ha planteado a raíz del auge de los acuerdos comerciales preferenciales es la incorporación a los acuerdos de objetivos concretos ‘no comerciales’. Aparte de las disposiciones relativamente ambiciosas y parciales sobre los derechos de propiedad intelectual, hemos asistido a una tendencia creciente de quienes otorgan preferencia al exigir compromisos significativos en la esfera de las relaciones laborales y de la protección del medio ambiente –e incluso restricción a la utilización de mecanismos de control de capitales– como precio del trato preferencial. Es patente el temor de que estos requisitos no solo sirvan de ‘molde’ para otros acuerdos comerciales preferenciales, sino que abran paso a nuevas demandas en la OMC. Después de todo, es probable que cuantos más sean los países que admiten disposiciones no comerciales de esta naturaleza, en acuerdos comerciales preferenciales, menos sean los miembros de la OMC que se opongan a la demanda de que estas disposiciones sean finalmente incluidas en las normas multilaterales” (Sutherland, Bhagwati *et al.*, 2004, p. 26).

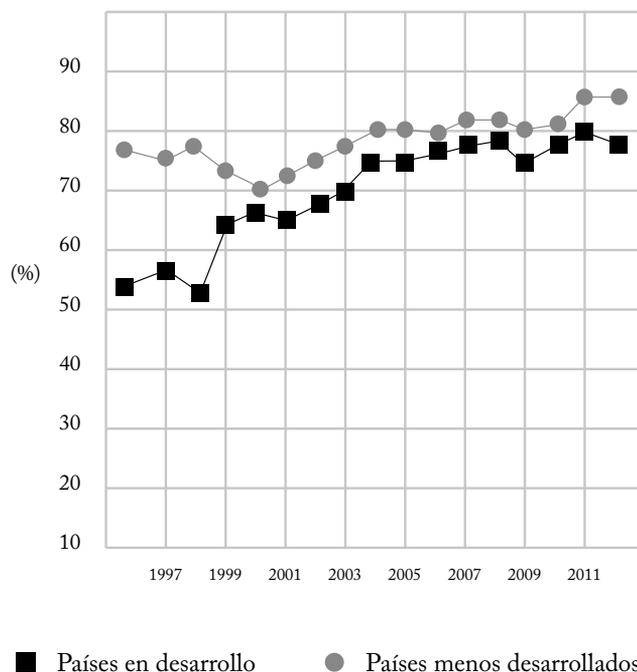
7 “La positiva evolución de las aportaciones a la asistencia oficial para el desarrollo (AOD) que tuvo lugar en 2013, que alcanzaron la cifra récord de 135.000 millones de dólares, ha ayudado a mitigar las preocupaciones causadas por la reducción del volumen de la ayuda durante dos años consecutivos. El repunte se debió sobre todo al aumento para la ayuda multilateral y la humanitaria (del 7 % y el 25 %, respectivamente). En 2013 aumentaron las contribuciones netas a la AOD de 17 de los 28 países que integran el Comité de Asistencia para el Desarrollo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (CAD/OCDE). El

de ayuda”. Como lo indica el informe de 2014 relativo a las brechas en el ODM 8, la ayuda al África subsahariana disminuyó desde 2012 hasta en un 4 % y la ayuda a los países sin litoral y pequeños Estados insulares se ha estancado desde 2010. La tendencia generalizada de los Estados que sostienen la AOD demuestra que no hay planes futuros de incrementar los montos anuales y que pocos se plantean incrementar el porcentaje de su ingreso nacional bruto destinado a la ayuda al desarrollo, que para las Naciones Unidas debería ser como mínimo el 0,7 % (Clemens y Moss, 2007).

La Ronda de Doha para el Desarrollo ha logrado algunos progresos en materia de acceso a los mercados y de desmonte de aranceles para productos sensibles como el algodón y otros productos agrícolas, de manera que se ha incrementado el monto de las exportaciones de los países en desarrollo a los desarrollados. No obstante, la persistencia de medidas proteccionistas, de subsidios a sectores tradicionalmente protegidos por los países desarrollados y de restricciones no arancelarias, como medidas sanitarias y fitosanitarias, junto con los obstáculos técnicos al comercio⁸, han impedido grandes incrementos en el comercio de productos que beneficien de manera más importante a los países en desarrollo y menos adelantados.

aumento general de la AOD ha contribuido a que el margen diferencial entre la meta de las Naciones Unidas de destinar el 0,7 % del ingreso nacional bruto (INB) y las corrientes efectivas haya sido del 0,4% del INB combinado de los donantes miembros del CAD (cinco países donantes –Dinamarca, Luxemburgo, Noruega, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suecia– cumplieron la meta”.

- 8 Todas aquellas prácticas que imponen trámites burocráticos difíciles y lentos a los procedimientos comerciales bajo argumentos soberanos, como procedimientos y licencias de importación de difícil obtención, procesos lentos de valoración de los productos en las aduanas y controles e inspecciones excesivos a la mercancía, entre otras. (Véase OMC, *Entender la OMC.*)



Gráfica 1. Indicador 8.6. Proporción de las importaciones de los países desarrollados (por su valor y excepto armamentos) procedentes de los países en desarrollo y de los países menos adelantados, admitidas sin pagar tarifas. Nota: elaborada con el sistema de información *A Global Partnership for Development: Market Access Indicators de la OMC* (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo).

La OMC, Bali y su contribución a los ODS

Desde el inicio de la Ronda de Doha para el Desarrollo se han realizado en la OMC varias conferencias ministeriales⁹, pero para los efectos de este escrito nos referiremos especialmente a la celebrada en Bali

9 Cancún, 2003; Hong Kong, 2005; Ginebra, 2009, y Ginebra, 2011.

en diciembre de 2013, donde se produjo el llamado *Paquete de Bali*¹⁰. Este retoma, como es usual, las principales discusiones planteadas desde el inicio de la ronda, entre ellas los esfuerzos para la liberalización del mercado, normas sobre seguimiento a las medidas de trato especial y diferenciado, nuevas disposiciones para la reducción de las trabas a las transacciones comerciales que favorecerán a los países en desarrollo, y especialmente a los latinoamericanos (Ramírez Robles, 2013), y acuerdos en materia de agricultura que concilian las posiciones de los países desarrollados con las de los menos desarrollados. Además, incluye en las discusiones generales grandes preocupaciones sobre seguridad alimentaria y reserva de alimentos (Matthews, 2014). En el paquete se reconocen algunas victorias, como la posibilidad conquistada por los países en desarrollo de generar regímenes de excepción a las reglas de la OMC en materia de subvenciones a los productos agrícolas (el caso de India resulta predominante). Aun así, muchos de estos progresos se circunscriben, desde el punto de vista de la responsabilidad de los países desarrollados, a acciones de carácter voluntario y costosa ejecución, lo que genera incertidumbre hacia el futuro.

En materia de comercio internacional, la agenda post 2015 se encuentra en la frontera entre la evaluación del cumplimiento de los ODM y las posibles extensiones temporales a sus esfuerzos para cerrar las brechas que no se han solventado, por un lado, y una naciente agenda internacional para la construcción e implementación de metas más ambiciosas, más conscientes de las debilidades de los modelos económicos predominantes, más cooperativas e incluyentes y más responsables: los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ODS, por el otro (Sanahuja, 2014).

10 Con este nombre se conoce informalmente a la Declaración Ministerial de Bali y las decisiones ministeriales que la acompañan, adoptadas el 7 de diciembre de 2013 en la Conferencia Ministerial de Bali. También a las decisiones posteriores relativas a los resultados de esa Conferencia Ministerial, que fueron adoptadas por el Consejo General el 27 de noviembre de 2014. (Véase OMC, 2014b.)

Se suponía que en 2015 los siguientes escenarios consolidarían las dinámicas y acuerdos de implementación de los nuevos objetivos, pero su efecto no ha sido medido, o ha sido nulo:

| 117 |

1. Julio 13 a 16, 2015: *Financing for Development Conference*, Addis Ababa.
2. Septiembre 25 a 27, 2015: Reunión de la Asamblea General de Naciones Unidas, adopción definitiva de los ODS (*UN Special Summit for Sustainable Development*).
3. Noviembre 30 a diciembre 11, 2015: 21 Conferencia de las Partes (COP21) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC).

Cabe resaltar que la banca multilateral ha planteado esencialmente cuatro mecanismos de financiación para la implementación de los ODS, cada uno de los cuales responde a diferentes etapas del proceso, fuentes y tipos de flujo de capital (Banco Mundial, 2015):

1. *Co-investment platform*: cofinanciación mediante el recaudo de recursos para los ODS por vía de impuestos y multas, pero también la creación de fondos con actores privados y el aprovechamiento de los aportes escalonados de diversos actores económicos.
2. *Debt-based / Bond issuance*: financiación mediante la expedición de bonos (verdes, de carbón, eurobonos) y del préstamo directo a empresas amigables con el medio ambiente y negocios incluyentes.
3. *Financial risk management instruments*: financiación estatal directa al sector privado en respuesta a riesgos de tipo ambiental y mitigación de otras crisis que afecten los ODS, alianzas público-privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios básicos acordes a los ODS.
4. *Results-based financing*: recursos y financiamiento adicional cuando se han obtenido resultados específicos en el cumplimiento de los indicadores de los ODS.

Para el cumplimiento de estas metas y la consolidación del ambiente internacional propicio a ellas, varios foros y análisis de expertos ya anticipan las condiciones más relevantes que deben tenerse en cuenta en la implementación de la nueva agenda del desarrollo aprobada en el *draft* de agosto y la cumbre de septiembre de 2015. Es vital la construcción de una nueva narrativa frente a la ya caducada versión de donantes y receptores (Sanahuja, 2014). Por fenómenos como la creciente cooperación sur-sur, esta debe ser reemplazada para dar cuenta de las dinámicas de apoyo, autogestión y colaboración que lideran los procesos de ayuda al desarrollo entre los mismos países emergentes, en desarrollo y menos adelantados. Reconocer este cambio de roles y la relevancia del sur global en esta materia (Rosales y Kuwayama, 2010) debe implicar un cambio en la forma como se diseñan las reglas de la cooperación, los lugares donde se buscan los recursos y la manera como se miden tanto la cooperación como el crecimiento (Grimm, 2012).

El crecimiento económico de los países emergentes y los nuevos flujos comerciales potenciados por la cooperación sur-sur implican dos grandes revisiones de las cuales debe encargarse la agenda post 2015. En primer lugar, integrar de forma adecuada las fuentes de financiación privada (Sanahuja, 2014) a los esfuerzos por fomentar un desarrollo equitativo. Con el crecimiento de las economías en desarrollo, la inversión extranjera directa se ha tornado en el mayor motor del crecimiento económico local, por lo cual todo esfuerzo de desarrollo post 2015 debe reconocer esta fuente de recursos, que supera con creces en impacto, monto y dinamismo a la ayuda oficial. En segundo lugar, el crecimiento de los flujos comerciales en los países en desarrollo debe reflejar las preocupaciones principales de sus economías, usualmente extractivas y exportadoras de bienes primarios. El desarrollo, desde el Estado y la industria, ya no solo debe ser equitativo: debe ser sostenible, ambientalmente responsable y encaminado al desarrollo de economías responsables.

Las recientes cumbres en esta materia y los esfuerzos de las Naciones Unidas, como la posición expuesta en “El futuro que queremos” (Rio+20), dan cuenta de los principios que guían la agenda post 2015, aprobada mediante la Resolución A/RES/70/1 del 25 de

Reconocemos que es necesario incorporar aún más el Desarrollo Sostenible en todos los niveles, integrando sus aspectos económicos, sociales y ambientales y reconociendo los vínculos que existen entre ellos (artículo 3).

La erradicación de la pobreza, la modificación de las modalidades insostenibles y la promoción de modalidades de consumo y producción sostenibles, y la protección y ordenación de la base de recursos naturales del desarrollo económico y social son objetivos generales y requisitos indispensables del Desarrollo Sostenible (artículo 4).

Reafirmamos la necesidad de lograr [...] la promoción de la equidad social y la protección del medio ambiente, aumentando al mismo tiempo la igualdad entre los géneros, el empoderamiento de las mujeres y la igualdad de oportunidades para todos (artículo 11).

El bienestar económico, social y físico, y el patrimonio cultural de muchas personas, especialmente los pobres, dependen directamente de los ecosistemas (artículo 30).

Pedimos que se adopten enfoques holísticos e integrados del Desarrollo Sostenible que lleven a la humanidad a vivir en armonía con la naturaleza y conduzcan a la adopción de medidas para restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra (artículo 40). (ONU, 2012)

Con una propuesta ambiciosa para la agenda post 2015, los grupos de trabajo abierto e intergubernamental lograron en septiembre de 2015 la aprobación de los siguientes objetivos en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en la sede de la ONU en Nueva York. Estos objetivos, proyectados para los próximos 15 años, tienen

169 submetas y reflejan la importancia de la cooperación sur-sur, el desarrollo responsable, la inclusión económica y la protección del ecosistema:

| 120 |

<p>Objetivos de Desarrollo Sostenible (ratificando la última propuesta de los grupos de trabajo en: A/69/L.85 – <i>Draft outcome document of the United Nations summit for the adoption of the post-2015 development agenda</i>), agosto de 2015¹¹</p>
<p>Objetivo 1 Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo.</p>
<p>Objetivo 2 Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.</p>
<p>Objetivo 3 Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades.</p>
<p>Objetivo 4 Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos.</p>
<p>Objetivo 5 Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas.</p>
<p>Objetivo 6 Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.</p>
<p>Objetivo 7 Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos.</p>
<p>Objetivo 8 Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.</p>

11 ONU, 2015b.

<p style="text-align: center;">Objetivo 9</p> <p style="text-align: center;">Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.</p>
<p style="text-align: center;">Objetivo 10</p> <p style="text-align: center;">Reducir la desigualdad en los países y entre ellos.</p>
<p style="text-align: center;">Objetivo 11</p> <p style="text-align: center;">Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.</p>
<p style="text-align: center;">Objetivo 12</p> <p style="text-align: center;">Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.</p>
<p style="text-align: center;">Objetivo 13</p> <p style="text-align: center;">Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos (reconociendo que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático es el principal foro intergubernamental internacional para negociar la respuesta mundial al cambio climático).</p>
<p style="text-align: center;">Objetivo 14</p> <p style="text-align: center;">Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.</p>
<p style="text-align: center;">Objetivo 15</p> <p style="text-align: center;">Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.</p>
<p style="text-align: center;">Objetivo 16</p> <p style="text-align: center;">Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.</p>
<p style="text-align: center;">Objetivo 17</p> <p style="text-align: center;">Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.</p>

Cuadro 4. Objetivos de Desarrollo Sostenible. Resolución A/RES/70/1.

El sistema de comercio internacional, representado en la OMC, ya analiza la capacidad de sus normas y procesos actuales para contribuir con estas nuevas metas de la agenda post 2015 encaminada al modelo 2030, así como la relación entre sus actividades principales y los logros concretos que derivan de ellos.

Documentos de trabajo recientes de la OMC estudian la posible relación entre las reglas de la organización, su condición de sistema de solución de controversias, su carácter de “habilitador de un ambiente propicio para el desarrollo” y sus acuerdos, por un lado, y las nuevas necesidades del desarrollo, cada vez más preocupadas por la sostenibilidad y la equidad que por el crecimiento arrollador, por el otro. Estos documentos han establecido un decálogo de relaciones entre el funcionamiento de la organización, sus propias metas y los ODS (Roberts, 2015), documento que será de máxima utilidad para implementar los acuerdos en la agenda post 2015 y para alinear los esfuerzos de la OMC por la liberalización del comercio con las nuevas metas de desarrollo sostenible camino a 2030, consolidadas entre el *draft* de agosto y la cumbre de septiembre.

En estos estudios, la OMC regresa al entendimiento de sus propias reglas como generadoras de un ambiente propicio para el desarrollo. Recordando el Acuerdo de Marrakech, el documento de trabajo establece que el desarrollo sostenible es una de las aspiraciones declaradas de la organización y que las discusiones de Doha están y deben permanecer encaminadas a ese objetivo.

Desde el punto de vista de la organización, la liberalización del comercio está directamente ligada con un desarrollo más incluyente: mercados más asequibles y abiertos permiten que los recursos escasos se distribuyan mejor y que nuevos actores se beneficien de los flujos comerciales y de su más fácil posicionamiento en mercados emergentes.

Para la OMC (2013b), la expansión y liberalización del comercio representada en mercados más justos tiene efectos directos en la equidad y la inclusión, pues promueve el acceso a servicios, mejores precios y mayor cantidad de productos, que pueden mejorar la calidad de vida de los ciudadanos que participan de nuevos mercados en crecimiento (Roberts, 2015).

En la OMC hace carrera la noción de que todos los beneficios posibles de la liberalización del comercio deben ser un “bien público global” (Inge, Grunberg y Stern, 1999), pues solo así se pueden garantizar la equidad y la inclusión que los ODS profesan. Para ello, la organización necesita universalizar su actividad (cubrir el total del comercio mundial, afiliar a todos los Estados y extender sus normas a todas las relaciones comerciales globales). El ingreso de 27 nuevos Estados en los próximos años (los más recientes fueron Afganistán y Liberia, en julio de 2016; Kazajistán, en noviembre de 2015, y Seychelles, en abril de 2015) busca extender el alcance actual de la organización (Roberts, 2015), que para diciembre de 2018 contaba con 164 miembros.

Otra creciente preocupación en esta materia para la OMC es la relación entre sus normas y los acuerdos comerciales de carácter regional que puedan resultar excluyentes: la organización debe procurar la pluralidad dentro de la universalidad y la armonización en fines, más allá de normas idénticas en todos los contextos globales.

La lucha contra la pobreza, tanto en los ODM como en los 17 nuevos ODS, no es ajena a la actividad de la OMC. Varios documentos de trabajo plantean que en todos los mercados emergentes se ha reducido la pobreza gracias al incremento de transacciones, trabajo y bienes. La intención es continuar fortaleciendo el crecimiento y el comercio con mercados emergentes permitiendo que ellos mismos generen escenarios locales de superación de la pobreza. Factores como la transmisión de tecnologías y la participación en nuevos mercados tienen para la OMC un efecto “habilitador” del rol del comercio en la superación de la pobreza.

El Paquete de Bali confluye con una de las grandes preocupaciones de los ODS: el crecimiento incluyente de los países en desarrollo y menos adelantados. Las nuevas normas y programas en materia de diversificación de la economía están encaminados a darles una mayor participación a estos países en nuevos flujos comerciales que no les son habituales.

Dentro de los más recientes logros en el Paquete de Bali encontramos, por ejemplo, *Seguridad alimentaria* WT/MIN(13)/38–WT/L/913 y *Reservas y limitaciones de las subvenciones agrícolas en materia de segu-*

riedad alimentaria WT/MIN(13)/39 – WT/L/914¹². Estos redireccionan y potencian la vocación de la OMC en el cumplimiento de los ODS, al construir excepciones, regímenes especiales y tratos diferenciados en materia alimentaria para facilitar el desarrollo de los países menos adelantados en materia agrícola. Esto sin arriesgar su compromiso con la organización, que tiende a la liberalización del comercio, y sin imponer prohibiciones absolutas que buscan teóricamente proteger los valores internacionales de liberalización del comercio pero que pueden afectar directamente su desarrollo.

En fin, una mirada general de los ODS en cuanto a lucha contra la pobreza, inclusión de los más débiles e igualdad entre los Estados y dentro de ellos en contraste con los objetivos, políticas y discusiones de la Organización Mundial del Comercio demuestra que la relación es estrecha y que todo lo que se logre en términos de desarrollo en el sistema multilateral redundará en beneficio del desarrollo. Pero también demuestra que esta relación no parece fácil de armonizar para que avance en función del desarrollo (García Matamoros, 2014). Al contrario, varias reformas de fondo serían necesarias para que así fuera, razón por la cual trataremos de esbozar algunas conclusiones si bien críticas, no fatalistas.

12 El Paquete de Bali permitió un principio de acuerdo entre quienes defienden la intervención del Estado en materia de subvención a la agricultura con fines de soberanía y estabilidad alimentaria y quienes la consideran una intrusión en el flujo comercial que genera graves distorsiones al comercio. “La compra por los gobiernos de productos alimenticios a los agricultores a precios de sostenimiento para constituir existencias se contabiliza dentro de la ayuda interna del ‘compartimento ámbar’, esto es, el tipo de ayuda que se considera que tiene efectos de distorsión del comercio al influir en los precios de mercado y las cantidades producidas. [...] Las consultas celebradas en noviembre dieron como resultado un texto de transacción. Los miembros se abstendrían temporalmente de presentar una reclamación jurídica (la ‘devida moderación’, a veces denominada también ‘cláusula de paz’) si un país en desarrollo excedía los límites de su compartimento ámbar como resultado de la constitución de existencias con fines de seguridad alimentaria” (OMC, 2013a).

Las actividades de la OMC y los indicadores de los ODS para 2030

| 125 |

Retomando la metodología empleada al inicio del artículo, vale la pena establecer relaciones directas entre las actividades de la OMC y los indicadores que demandan los nuevos ODS para 2030 aprobados en 2015. Esto nos invita a pensar cuáles de ellos pueden ser directamente influidos por las actividades clásicas de la OMC y sus planes desde Bali:

Relación entre las actividades principales de la OMC¹³ y los indicadores propuestos para los ODS (agenda post 2015) en los que estas deben incidir

Actividad – objetivo esencial de la OMC y sus acuerdos	Objetivos e indicadores de los ODS (agenda post 2015), según su consagración final en A/RES/70/1 (agosto y septiembre de 2015)
<p>La negociación de la reducción o eliminación de los obstáculos al comercio (aranceles de importación u otros obstáculos) y acuerdos sobre las normas por las que se rige el comercio internacional (por ejemplo, medidas antidumping, subvenciones, normas sobre productos, etc.)</p>	<p>Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo. 1.A: garantizar una movilización significativa de recursos procedentes de diversas fuentes, incluso mediante la mejora de la cooperación para el desarrollo, a fin de proporcionar medios suficientes y previsibles a los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, para que implementen programas y políticas encaminados a poner fin a la pobreza en todas sus dimensiones.</p>

13 OMC, *Visión general*.

1.B: crear marcos normativos sólidos en los planos nacional, regional e internacional, sobre la base de estrategias de desarrollo en favor de los pobres que tengan en cuenta las cuestiones de género, a fin de apoyar la inversión acelerada en medidas para erradicar la pobreza.

Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria, mejorar la nutrición y promover la agricultura sostenible.

2.B: corregir y prevenir las restricciones y distorsiones comerciales en los mercados agropecuarios mundiales, incluso mediante la eliminación paralela de todas las formas de subvención a las exportaciones agrícolas y todas las medidas de exportación con efectos equivalentes, de conformidad con el mandato de la Ronda de Doha.

2.C: adoptar medidas para asegurar el buen funcionamiento de los mercados de productos básicos alimentarios y sus derivados y facilitar el acceso oportuno a la información sobre los mercados, incluso sobre las reservas de alimentos, a fin de ayudar a limitar la extrema volatilidad de los precios de los alimentos.

Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

12.C: racionalizar los subsidios ineficientes a los combustibles fósiles que fomentan el consumo antieconómico eliminando las

distorsiones del mercado, de acuerdo con las circunstancias nacionales, incluso mediante la reestructuración de los sistemas tributarios y la eliminación gradual de los subsidios perjudiciales, cuando existan, para reflejar su impacto ambiental, teniendo plenamente en cuenta las necesidades y condiciones específicas de los países en desarrollo y minimizando los posibles efectos adversos en su desarrollo, de manera que se proteja a los pobres y a las comunidades afectadas.

La administración y vigilancia de la aplicación de las normas acordadas en la OMC que regulan el comercio de mercancías y servicios y los ADPIC.

Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades.

3.B: apoyar la investigación y el desarrollo de vacunas y medicamentos contra las enfermedades transmisibles y no transmisibles que afectan primordialmente a los países en desarrollo y facilitar el acceso a medicamentos y vacunas esenciales asequibles de conformidad con la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC, en la que se afirma el derecho de los países en desarrollo a utilizar al máximo las disposiciones de este Acuerdo respecto a la flexibilidad para proteger la salud pública y, en particular, proporcionar acceso a los medicamentos para todos.

3.C: aumentar considerablemente la financiación de la salud y la

contratación, el perfeccionamiento, la capacitación y la retención del personal sanitario en los países en desarrollo, especialmente en los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo.

3.D: reforzar la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, en materia de alerta temprana, reducción y gestión de los riesgos para la salud nacional y mundial.

Objetivo 17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

17.10: promover un sistema de comercio multilateral universal, basado en normas, abierto, no discriminatorio y equitativo en el marco de la OMC, incluso mediante la conclusión de las negociaciones en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo.

17.11: aumentar significativamente las exportaciones de los países en desarrollo, en particular con miras a duplicar la participación de los menos adelantados en las exportaciones mundiales antes de 2020.

17.12: lograr la consecución oportuna del acceso a los mercados libres de derechos y contingentes de manera duradera para todos los países menos adelantados, conforme a las decisiones de la OMC, incluso velando por que las normas de origen preferenciales aplicables a las importaciones de los países menos adelantados sean

transparentes y sencillas y contribuyan a facilitar el acceso a los mercados.

La vigilancia y el examen de las políticas comerciales de sus miembros y la consecución de la transparencia en los acuerdos comerciales regionales y bilaterales.

Objetivo 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

8.3: promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de puestos de trabajo decentes, el emprendimiento, la creatividad y la innovación, y fomentar la formalización y el crecimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas, incluso mediante el acceso a servicios financieros.

Objetivo 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.

9.3: aumentar el acceso de las pequeñas industrias y otras empresas, particularmente en los países en desarrollo, a los servicios financieros, incluidos créditos asequibles, y su integración en las cadenas de valor y los mercados.

Objetivo 10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos.

10.5: mejorar la reglamentación y vigilancia de las instituciones y los mercados financieros mundiales y fortalecer la aplicación de esos reglamentos.

10.6: asegurar una mayor representación e intervención de los países en desarrollo en las decisiones adoptadas por las instituciones económicas y financieras internacionales para aumentar la eficacia, fiabilidad, rendición de cuentas y legitimidad de esas instituciones.

10.7: facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas.

10.A: aplicar el principio del trato especial y diferenciado a los países en desarrollo, en particular los menos adelantados, de conformidad con los acuerdos de la OMC.

10.B: fomentar la AOD y las corrientes financieras, incluida la inversión extranjera directa, para los Estados con mayores necesidades, en particular los países menos adelantados, los países africanos, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países en desarrollo sin litoral, en consonancia con sus planes y programas nacionales.

10.C: antes de 2030, reducir a menos del 3 % los costos de transacción de las remesas de los migrantes y eliminar los corredores de remesas con un costo superior al 5 %.

Cuadro 5. Actividades principales de la OMC e indicadores propuestos para los ODS. Elaboración propia.

Conclusiones críticas

A pesar de haberse constituido como un pilar del sistema económico internacional expresamente excluido de compromisos en materia de derechos humanos, en lo corrido de este siglo la OMC se ha venido consolidando como un escenario multilateral de discusión sobre el desarrollo y, en cierta medida, sobre los derechos humanos, asuntos en los que se ha visto involucrada por los ODM, por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas y por exigencia misma de los países en desarrollo. En este sentido, desde el inicio de la Ronda de Doha para el Desarrollo en 2001, la organización ha debido hacer frente a dos realidades contrapuestas: por un lado, su deber de contribuir al reequilibrio de las relaciones comerciales internacionales con todas sus implicaciones; por otro, la resistencia de los países desarrollados (y también de los países en desarrollo) a aceptar medidas obligatorias que afecten sus intereses económicos.

Con la idea de aportar a la discusión desde una perspectiva concreta, que vaya más allá de buenos propósitos y sentidas declaraciones, consideramos que para implementar de manera eficaz los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados en septiembre de 2015 (ONU, 2015b) es importante avanzar en los siguientes puntos de manera urgente:

1. *Trato especial y diferenciado*. La lucha contra la pobreza y por la igualdad entre los Estados y dentro de ellos, postulado claro de los ODS, se puede lograr si el sistema multilateral hace realidad el principio de igualdad material por encima de la igualdad formal. Es decir, si logra concebir un trato especial y diferenciado que incorpore el elemento modulador de la equidad y se convierta en una regla de obligatoria observancia para los países.

El TED [trato especial y diferenciado] comprende en general un soporte financiero a los países en desarrollo, para ayudarlos a asumir los costos de una verdadera participación o a dotarse de mejores capacidades para aprove-

char las nuevas oportunidades comerciales; exenciones de acuerdos que les permitan a estos países decidir si aplican o no los acuerdos que exijan una reforma reglamentaria o administrativa; disposiciones que autorizan a los países desarrollados a conceder un acceso preferencial a sus mercados por parte de los países en desarrollo miembros de la OMC. En lo relativo al acceso al mercado, el TED otorga a estos últimos la libertad de utilizar las políticas industriales, incluidos los subsidios, y más flexibilidad en la reducción de los derechos de aduana (los derechos consolidados más elevados o períodos de transición más largos). (Stiglitz y Charlton, 2007, p. 128)

Se trata de temas sensibles para los países en desarrollo y menos adelantados, que en muchas ocasiones se ven abocados a cumplir normas sin tener la capacidad de hacerlo. Además, si gozan de algún trato preferente, este se limita a la concesión de plazos que en ocasiones resultan insuficientes; a consideraciones que pueden hacer los países desarrollados, pero sin obligatoriedad alguna, e incluso a condiciones particulares en el sistema de solución de diferencias que no son perentorias en el proceso o que los países beneficiarios no saben utilizar (véase García Matamoros y Arévalo Ramírez, 2014). En este sentido, la verdadera igualdad entre desiguales requiere un equilibrio por la vía de la desigualdad compensadora.

2. *Equilibrio en los acuerdos sobre el comercio de productos agrícolas.* En materia agrícola, varias necesidades confluyen en los países más débiles para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo.

Las normas de comercio que conceden a los países en desarrollo, especialmente a los países caracterizados por la inseguridad alimentaria, la flexibilidad necesaria para desarrollar su agricultura de manera adecuada y que promueva

formas eficaces y operacionales de cooperación internacional, consiguiendo al mismo tiempo una limitación real de las medidas que más distorsionan el comercio, ayudarán a los países a cumplir sus obligaciones de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. (ONU, 2002, p. 20)

Si la OMC considera la necesidad de hacer realidad los ODS, debe tomar medidas más agresivas en materia de seguridad alimentaria, eliminación de las subvenciones agrícolas en los países desarrollados, reconocimiento de las diferencias entre agricultura comercial y agricultura de subsistencia y, en general, flexibilización en materia agrícola a favor de los países más débiles.

3. *Acuerdos en materia de servicios.* Las normas de liberalización del comercio de servicios permiten a los Estados salvaguardar ciertas competencias en materia de regulación económica. No obstante, tienden a privilegiar la apertura de los países en desarrollo para recibir los servicios que están en capacidad de prestar los países desarrollados. Lo anterior en sí mismo no es criticable, pero sí invita a reflexionar sobre la necesidad de incluir otras medidas y actores dentro de los beneficios del comercio. Parece necesario observar cómo en la actualidad se promueve la movilidad de mano de obra muy calificada que desarrolla labores en las cuales hay inversiones de capital importantes que implican presencia comercial. Pero nada se establece para proteger servicios de mano de obra intensa y poco calificada. Pensemos por ejemplo en la labor de los cuidadores de personas que requieren los países desarrollados, frente a los cuales no hay previsiones sobre inmigración, formación ni beneficios particulares. Es necesario estimular y asegurar la movilidad para el comercio de servicios, más allá de los altamente calificados. De acuerdo con algunos cálculos realizados, una medida que permita la prestación de servicios temporales en los países industrializados generaría beneficios econó-

micos globales por un valor aproximado de 150 billones de dólares, que llegarían tanto a los países en desarrollo como a los desarrollados (Mattoo, 2005).

Estos son solo algunos de los temas que pueden traer mayores beneficios a los actores del comercio que tienen necesidades importantes en términos de desarrollo. Pero al lado de estos, sin duda existen múltiples políticas y prácticas que deben ser revisadas si el compromiso frente a los ODS es real. En tal sentido el sistema de solución de controversias, las formas de participación, la asistencia técnica y el régimen de inversiones deben ser objeto de una revisión bajo el prisma del desarrollo, y en particular del desarrollo sostenible, frente al cual la OMC no puede olvidar las discusiones planteadas desde el inicio de la Ronda de Doha, que incorporó el tema como un interés inmediato. Así, se acordó revisar la coordinación entre las normas de la OMC y las establecidas en los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente, incluyendo en este balance lo acordado en el Convenio de Basilea o Convención sobre el control del transporte transfronterizo de residuos peligrosos y su disposición final (1989) y el Protocolo de Cartagena de Indias sobre Bioseguridad (1992). Así mismo, se plantearon los siguientes temas: el comercio de bienes y servicios ecológicos, la protección de los conocimientos tradicionales en relación con los ADPIC, el efecto de las medidas medioambientales en el acceso a los mercados, el etiquetado ecológico y, en general, la participación de los países en desarrollo en la discusión y decisión sobre estos aspectos en la OMC, en el marco del principio de responsabilidad común pero diferenciada (véase García Matamoros, 2010, p. 230). Temas que sin duda han sido objeto de discusión y avance, pero que no pueden ser olvidados al dotar de contenido los nuevos ODS.

En fin, el mundo trata ahora de hacer frente a los graves problemas del desarrollo mediante la proclamación de nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible, que reflejan sin duda un interés real de los órganos políticos y de derechos humanos del sistema internacional y frente a los cuales los Estados mismos no pueden oponer resistencia alguna. No obstante, el carácter declarativo de estos ODS y las actuaciones contradictorias de los países en los foros económicos, comer-

ciales, de derechos humanos y de desarrollo no permiten ser del todo optimistas para la agenda 2030. Sin embargo, el escenario multilateral de la OMC está llamado a seguir liderando la discusión, alentando a los países a avanzar en la Ronda de Doha y a trabajar por un sistema de comercio para el desarrollo sostenible de todos los actores.

Referencias

- Banco Mundial (2015). *From Billions to Trillions: Transforming Development Finance Post-2015. Financing for Development: Multilateral Development Finance*. Disponible en: [http://siteresources.worldbank.org/DEVCOMMINT/Documentation/23659446/dc2015-0002\(E\)FinancingforDevelopment.pdf](http://siteresources.worldbank.org/DEVCOMMINT/Documentation/23659446/dc2015-0002(E)FinancingforDevelopment.pdf)
- Bexell, M. y Jönsson, K. (2017). Responsibility and the United Nations' Sustainable Development Goals. *Forum for Development Studies*, 44, 1, 13-29.
- Clemens, M. A. y Moss, T. J. (2007). The Ghost of 0.7 per cent: Origins and Relevance of the International Aid Target. *International Journal of Development Issues*, 6, 1, 3-25.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *The Millennium Development Goals Goal 8: Market Access Indicators by ITC, UNCTAD and WTO*. Disponible en: <http://www.mdg-trade.org/>
- D'Alessandro, C. y Zulu, L. (2017). From the Millennium Development Goals (MDGs) to the Sustainable Development Goals (SDGs): Africa in the post-2015 Development Agenda. A Geographical Perspective. *African Geographical Review*, 36, 1, 1-18.
- García Matamoros, L. V. (2010). La Ronda de Doha para el desarrollo ocho años después: de grandes propósitos a modestos acuerdos. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 16, 1, 213-258.
- - -. (2014). Una mirada al sistema multilateral de comercio en función del desarrollo. En: M. E. Rodríguez y M. T. Palacios

- (eds.), *Crisis económica. La globalización y su impacto en los derechos humanos* (pp. 31-62). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario – Universidad Carlos III de Madrid.
- - - y Arévalo Ramírez, W. (2014, julio). El trato especial y diferenciado en el sistema de solución de diferencias de la OMC como oportunidad para el ejercicio del derecho al desarrollo. *Revista de Derecho*, xxvii, 1, 127-150.
- Grimm, S. (2012). *South-South Cooperation and the Millennium Development Goals: Preparing for a post-2015 Setting*. Disponible en: https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/erd-research-grimmandzhangfinal-20130101_en_0.pdf
- Hoekman, B. y Nicita, A. (2010). Assessing the Doha Round: Market Access, Transactions Costs and Aid for Trade Facilitation. *The Journal of International Trade and Economic Development*, 19, 1, 65-79.
- Hogerzeil, H. V. (2013). Promotion of Access to Essential Medicines for non-Communicable Diseases: Practical Implications of the UN Political Declaration. *The Lancet*, 381, 9867, 680-689.
- Inge, K., Grunberg, I. y Stern, M. (1999). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. Oxford: Oxford University Press.
- Kennedy, D. (1997). New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance. *Utah L. Rev.*, 545, 545-638.
- Lester, S., Mercurio, B. y Davies, A. (2012). *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*. Oxford: Bloomsbury Publishing.
- Matthews, A. (2014). *Food Security and WTO Domestic Support Disciplines post-Bali*. Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development.
- Mattoo, A. (2005). *Services in a Development Round: Three Goals and Three Proposals*. Washington, D. C.: Banco Mundial.
- Messerlin, P. (2017). *Trade and Trade Policy Issues in the United Nations' Millennium Development Goals and the Sustainable Development Goals*. ADBI Working Paper 638. Tokio: Asian Development Bank Institute. Disponible en: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/223481/adbi-wp638.pdf>

- Michalopoulos, C. (2017). Millennium Aid, Trade and Development. En: *Aid, Trade and Development* (pp. 207-237). Londres: Palgrave Macmillan.
- OMC, Organización Mundial del Comercio (s. f.). *Entender la OMC: los acuerdos: obstáculos no arancelarios*. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm9_s.htm
- - -. (s. f.). *Principios fundamentales: la Organización Mundial del Comercio*. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/wto_dg_stat_s.htm
- - -. (s. f.). *The Doha Declaration Explained*. Disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm
- - -. (s. f.). *Visión general: la Organización Mundial del Comercio OMC*. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/wto_dg_stat_s.htm
- - -. (s. f.). *WTO: Millennium Development Goals. A Global Partnership*. Disponible en: https://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/mdg_e/global_partnership_e.htm
- - -. (2013a). *Novena Conferencia Ministerial de la OMC, Bali, 2013. Nota informativa: La apuesta en las negociaciones sobre la agricultura: "recolectar" algunos "frutos al alcance de la mano"*. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/brief_agneg_s.htm#stockholding
- - -. (2013b). WT/COMTD/W/196.
- - -. (2014a). *Informe de 2014 del Grupo de tareas sobre el desfase en el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Disponible en: http://www.un.org/en/development/desa/policy/mdg_gap/mdg_gap2014/2014GAP_SUMMARY_SP.pdf
- - -. (2014b). *9th WTO Ministerial Conference, Bali, 2013 and after*. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/balipackage_s.htm
- OMS, Organización Mundial de la Salud (s. f.). *The Doha Declaration on the Trips Agreement and Public Health*. Disponible en: http://www.who.int/medicines/areas/policy/doha_declaration/en/
- ONU, Organización de las Naciones Unidas (2000). *Declaración del Milenio*. Resolución A/55/2. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552s.htm>

- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social y Comisión de Derechos Humanos (2002). *La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de los derechos humanos*. E/CN.4/2002/54.
- - -. (2005a). *El derecho al desarrollo y estrategias prácticas para la aplicación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, en particular el Objetivo N.º 8*. E/CN.4/2005/WG.18/TF/2.
- - -. (2005b). *Informe del equipo especial de alto nivel sobre el ejercicio del derecho al desarrollo acerca de su 2.ª reunión*. E/CN.4/2005/WG.18/TF/3.
- - -. (2008). *MDG Gap Task Force. Delivering on the Global Partnership for Achieving the Millennium Development Goals*.
- - -. (2011). *La Cuarta Conferencia sobre los Países Menos Adelantados (PMA IV) concluye en Estambul – Sociedad civil decepcionada con los resultados*. Disponible en: <https://unngls.org/index.php/espanol/2011/998-4a-conferencia-paises-adelantados-pma-iv-concluye-sociedad-civil-decepcionada-resultados>
- - -. (2012). Resolución A/RES/66/288. Disponible en: <http://www.oei.es/decada/accion.php?accion=25>
- - -. (2014a). *2014 Gap Summary*. Disponible en: http://www.un.org/en/development/desa/policy/mdg_gap/mdg_gap2014/2014GAP_SUMMARY_SP.pdf
- - -. (2014b). *We Can End Poverty*. Disponible en: <http://www.un.org/millenniumgoals/global.shtml>
- - -. (2015a). *Draft A/69/L.85*. Disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/69/L.85
- - -. (2015b). Resolución A/RES/70/1. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>
- Ramírez Robles, E. (2013). Trade Facilitation in Bali. *ICTSD Puentes*, 14, 8.
- Roberts, M. (2015). *Thoughts on how Trade, and WTO Rules, can Contribute to the post-2015 Development Agenda*. WTO Staff Working Paper ERSD-2014-07. World Trade Organization Economic Research and Statistics Division.
- Rolland, S. E. (2012). *Development at the WTO*. Oxford: Oxford University Press.

- Rosales, O. y Kuwayama, M. (2010). South-South Cooperation. *International Trade Forum*, 2, 24-25.
- Sanahuja, J. A. (2014). *De los Objetivos del Milenio al desarrollo sostenible: Naciones Unidas y las metas globales post-2015*. En: M. Mesa (coord.), *Focos de tensión, cambio geopolítico y agenda global* (pp. 49-83). Madrid: CEIPAZ.
- Stiglitz, J. y Charlton, A. (2007). *Comercio justo para todos*. México: Santillana.
- Sutherland, P., Bhagwati, J. et al. (2004). *El futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*. Informe del Consejo Consultivo al Director General Supachai Panitchpakdi.
- Vandermoortele, J., Kamal, M. y Lim, J. A. (2003). *Is MDG 8 on Track as a Global Deal for Human Development?* Nueva York: United Nations Development Programme Bureau for Development Policy.

Índice analítico y onomástico

| 140 |

Acuerdo de Marrakech 122

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio 109, 111, 127, 134

acuerdos

comerciales 104, 111, 113, 123, 129

sobre comercio de productos agrícolas 132-133

sobre comercio de servicios 133-134

ADPIC *véase* Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio

agenda 2030 93-95, 119-120, 122, 125-130

agenda post 2015 93-94, 109, 112, 115, 118-122, 125-130

alianza mundial 94, 98, 107, 121, 128

Alston, Philip 97

AOD *véase* asistencia oficial para el desarrollo

aranceles 97, 100, 103, 114, 125

asistencia oficial para el desarrollo 95, 97, 99-100, 113-114, 130

banca multilateral 117

Banco Mundial 96, 107, 111, 117

CAD/OCDE *véase* Comité de Asistencia para el Desarrollo de la OCDE

cambio climático 117, 121

comercio

justo 95, 96

liberalización 102, 107, 110, 112, 122-123, 124, 133

multilateral 94, 95, 98, 107, 128

obstáculos 102, 103, 114, 125

Comité de Asistencia para el Desarrollo de la OCDE 99, 100, 113-114

comparativismo funcional 96

Conferencia de Bali 106, 110, 112, 115-124

Conferencia de Doha 98, 106

Conferencia de las Naciones Unidas para los Países Menos Adelantados 110

Conferencia de las Naciones Unidas para los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo 109, 111

Convenio de Basilea 134

cooperación sur-sur 118, 120
 Declaración de Bali 116
 Declaración de Doha 109
 Declaración de Estambul 108-109, 111
 Declaración de Nairobi 109, 111
 Declaración del Milenio 91-93, 96-97, 98
 derecho al desarrollo 92, 96, 97
 derechos

- de propiedad intelectual 98, 103, 109, 113
- humanos 91, 96-97, 99, 131, 133, 134-135

 desarrollo 92, 93-96, 98-99, 107-108

- sostenible 93, 106, 109, 111, 115-124, 125-130, 134, 135

 deuda 93, 94, 95, 97, 99, 101, 105, 110
dumping 102, 103, 125
 “El futuro que queremos” 118
 empresas farmacéuticas 97, 101, 103, 111
 equidad 91, 119, 122, 123, 131
 Estados insulares en desarrollo 97, 100, 103, 104, 105, 109, 111, 114, 128, 130
 flexibilidades 108, 109, 110, 111
 Fondo Monetario Internacional 107
 GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) 106
 inclusión 120, 122, 123, 124
 Informe Brundtland 93
 Iniciativa en favor de los países pobres muy endeudados 101
 Iniciativa para el alivio de la deuda multilateral 101
 medicamentos 95, 98, 109, 127

- esenciales 97, 101, 103, 111
- importación paralela 109, 111
- licencia obligatoria 109, 111

 mercados, acceso a los 98, 100, 109, 114, 128-129, 132, 134
 Messerlin, Patrick 95
 mundialización 91-92
 Objetivo 8 del Milenio

- cumplimiento 93-96, 107-112, 112-115
- metas e indicadores 98-101

relación con las actividades de la omc 103-105

Objetivos de Desarrollo Sostenible 93-96, 107, 116, 120-121, 122, 123, 124, 131, 133, 134, 135

 indicadores para 2030 125-130

 mecanismos de financiación 117

 relación con las actividades de la omc 115-124, 125-130

Objetivos del Milenio 91-93, 94, 95, 96, 98, 106, 107, 108-109, 110, 112, 116, 123, 131

OCDE *véase* Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

ODM *véase* Objetivos del Milenio

ODM 8 *véase* Objetivo 8 del Milenio

ODS *véase* Objetivos de Desarrollo Sostenible

OMC *véase* Organización Mundial del Comercio

ONU *véase* Organización de las Naciones Unidas

Organización de las Naciones Unidas 92, 93, 95, 97, 98, 107, 108, 114, 117, 118-119, 131

Organización Mundial de la Salud 109

Organización Mundial del Comercio 93, 94, 95, 96, 98, 102, 108, 113, 124

 actividades esenciales 103-105, 106, 107

 conferencias ministeriales 106, 115

 objetivos 102

 y objetivo 8 del Milenio 107-112

 y Objetivos de Desarrollo Sostenible 115-124, 125-130

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos 100, 107

países

 con economías en transición 92, 94

 desarrollados o industrializados 92, 94, 96, 98, 100, 109, 112, 114, 115, 116, 132, 134

 donantes 99, 100, 108, 114

 en desarrollo o en vías de desarrollo 92, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 108, 109, 110, 111, 114, 115, 116, 118, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135

 en desarrollo sin litoral 97, 100, 103, 104, 105, 109, 111, 114, 130

 menos adelantados 92, 96, 97, 98, 99, 100, 103, 104, 105, 108, 110, 113, 114, 115, 118, 123, 124, 125, 128-129, 130, 132

Paquete de Bali 116, 123-124

patentes 109, 111

PMA *véase* países menos adelantados

pobreza 92, 94, 96, 97, 98, 106, 107, 119, 120, 123, 124, 125, 126, 131

| 143 |

Protocolo de Cartagena de Indias sobre Bioseguridad 134

Resolución A/RES/70/1 107, 118-119, 120-121, 125-130

Ronda de Doha para el Desarrollo 94, 107, 109, 110, 112, 114, 115, 126, 128, 131, 134, 135

salud pública 98, 109, 127

seguridad alimentaria 98, 116, 120, 123-124, 126, 132, 133

subsidios 102, 114, 126-127, 132

subvenciones 103, 116, 123-124, 125, 126, 133

tecnologías de la información y las comunicaciones 97, 101, 104, 105, 112

trato especial y diferenciado 98-99, 116, 130, 131-132

CAPÍTULO IV

Colombia en la OCDE: la gobernanza multinivel como un “compromiso” del Estado frente al sistema internacional

Daniel Eduardo Hernández Chitiva (Colombia)

Introducción

Uno de los problemas fundamentales a los que se enfrentan las teorías políticas clásicas es que no cuestionan si el orden social y las políticas originadas en las organizaciones estatales tienen similar efectividad en todo el territorio nacional y en todos los sectores de la sociedad civil. En Colombia, el Estado adoptó hace más de 25 años la descentralización como modelo de gestión de los asuntos públicos territoriales. Se apostaba por acercar la acción estatal a los ciudadanos y con ello, por una satisfacción más directa, efectiva y transparente de las necesidades de la población, a partir de los recursos que la nación y sus entidades territoriales destinan a la atención de las mismas. Sin embargo, a la fecha no se ha establecido con certeza si el Estado colombiano logra efectivamente hacer llegar sus políticas y el orden a todos los departamentos y municipios del país.

El itinerario que ha asumido Colombia al adoptar la descentralización administrativa, política y fiscal como modelo tripartito de gestión de los asuntos públicos se ha visto enfrentado a serios proble-

mas de eficiencia y eficacia debido a la escasa capacidad institucional con la que cuentan las organizaciones públicas y gubernamentales en amplias áreas del territorio nacional, lo que ha producido que las políticas de inclusión, bienestar y promoción del desarrollo no logren su implementación y adecuada aplicación en los departamentos y municipios más pobres del país.

La baja capacidad institucional se explica porque las reformas se encargaron de entregar competencias y recursos a los departamentos y municipios para ejercer una amplia gama de funciones, pero no se ocuparon de dotarlos de recursos organizacionales, institucionales, humanos y de gestión que permitieran el uso efectivo y eficiente de los recursos fiscales y la capacidad de respuesta de las administraciones públicas territoriales frente a las demandas de los habitantes de municipios y departamentos.

Esta situación fue asumida como parte de los objetivos estratégicos delineados por el gobierno del presidente Juan Manuel Santos desde su posesión en agosto de 2010. En el marco de la adhesión a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el gobierno Santos desplegó una gran variedad de reformas con el fin de acoplar la estructura estatal a los rigurosos requisitos que esta institución exige a sus potenciales miembros, entre los que es importante destacar algunos ajustes al modelo de descentralización.

La intención del gobierno Santos de solicitar el ingreso al club “de los países ricos” o “de las buenas prácticas”, como también se conoce a la OCDE, supuso una serie de retos para el rediseño institucional del Estado en sectores tan variados como agricultura, educación, comercio, salud, política regulatoria, medio ambiente, desarrollo territorial y gobernanza pública. El presente trabajo busca analizar el modo en el que las recomendaciones y sugerencias desarrolladas en el Comité de Gobernanza Pública de la OCDE se incorporaron a la estructura jurídica y normativa colombiana alterando las dinámicas del proceso descentralizador que opera en el Estado desde la promulgación de la constitución política de 1991. Para dar cuenta de este fenómeno, se asumirá que el conjunto de dichas recomendaciones opera como parte del sistema de fuentes del derecho internacional.

Para dilucidar el panorama, en un primer momento se discutirán los principales determinantes que rodearon el proceso de ingreso

de Colombia a la OCDE en materia de gobernanza pública, haciendo énfasis en el desarrollo y la operativización del concepto de *gobernanza multinivel* (GMN) para el caso colombiano. Seguidamente, se describirán algunas de las reformas al proceso de descentralización que se llevaron a cabo durante el primer gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014) como parte de la fase de preparación que antecedió a la solicitud de adhesión a la OCDE, consignadas en el Plan Nacional de Desarrollo “Prosperidad para todos” y desarrolladas en leyes como la 1454 de 2011 (Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial) y la 1530 de 2012 (que crea el Sistema General de Regalías). Finalmente, se evaluarán los procedimientos de adhesión a la OCDE, a partir de una breve aproximación a la teoría de las fuentes del derecho internacional.

La adhesión de Colombia a la OCDE

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es un organismo internacional cuyo principal objetivo es la promoción de políticas económicas y sociales en un marco general que permitan mejorar las condiciones de vida tanto de los ciudadanos de los países miembros como de los no miembros. Se estableció en diciembre de 1960, tras la reconstitución de la Organización Europea para la Cooperación Económica, institución encargada de administrar el Plan Marshall. Este hecho demarcó la expansión geográfica de la organización más allá del eje geopolítico del Atlántico norte, y les fue abriendo las puertas de manera paulatina a Estados de todos los continentes, hasta llegar al número actual de 36. Sus actividades han comprendido una gran variedad de ámbitos de ejecución de las políticas públicas, desde empleo y política macroeconómica hasta regulación financiera y medio ambiente, pasando por educación, agricultura, comercio, libre competencia, desarrollo territorial, energía, industria, inversión, gobernabilidad, ciencia y tecnología, servicios públicos, fiscalidad y transportes, entre muchos otros (OCDE, 2011).

La organización ha estructurado su labor como un foro de trabajo conjunto entre los gobiernos de los países miembros para compartir experiencias, buscar soluciones a problemas comunes, identi-

ficar buenas prácticas y coordinar políticas en los niveles nacional y supranacional. Este esfuerzo se materializa en la conformación de aproximadamente 250 comités, a partir de los cuales se consolidan agendas para el diseño, formulación, implementación y evaluación de políticas públicas centradas en el desarrollo de un entorno favorable para el libre comercio y la libre competencia, la cooperación basada en el aprendizaje colectivo y el mutuo beneficio para todas las partes, así como el respeto y la promoción de los principios y valores democráticos. A través de sus órganos directivos, principalmente el Consejo de la Organización y la Secretaría General, la OCDE determina aspectos esenciales de su funcionamiento, como la aplicación y el seguimiento de estándares y la vinculación de nuevos miembros (OCDE, s. f.).

Este último es uno de los procedimientos más importantes para la organización, pues más allá de darles continuidad a los principios sobre los que se estableció —comprometiéndose a actuar como una red global y flexible basada en el cumplimiento de los más altos estándares, con el objetivo de desarrollar decisiones políticas efectivas e innovadoras para los gobiernos en todo el mundo—, asegura la ampliación de su influencia en el sistema internacional. Para ello, la organización propone a sus potenciales miembros el seguimiento de una Hoja de Ruta, a partir de la cual se busca establecer una total convergencia entre las políticas de estos y las de los países que ya ocupan un asiento en la organización. El procedimiento es lo suficientemente flexible y dinámico para ajustarse a los procesos sociales, económicos y políticos de cada Estado, sin descuidar la integridad y objetividad de los mecanismos y estándares de adscripción.

Para el caso de Colombia, la Hoja de Ruta reafirmaba que la membresía a la organización estaba sujeta tanto al cumplimiento de una serie de valores fundamentales compartidos por todos sus miembros —que incluyen el compromiso con el desarrollo de una democracia pluralista basada en el Estado de derecho, el respeto por los derechos humanos en la totalidad del territorio y la adhesión a una economía de mercado basada en principios de apertura y transparencia— como al reto de alcanzar un desarrollo sostenible. De igual modo, sostenía que la adhesión al pleno de la Convención de

la OCDE implicaba la aceptación y el cumplimiento de “todas las decisiones, resoluciones, reglas, regulaciones y conclusiones adoptadas por la organización incluyendo aquellas relacionadas con el gobierno [...] las declaraciones financieras [...] los métodos de trabajo [y] la aplicación de los instrumentos legales sustantivos de la organización” (OCDE, 2013, pp. 2-3).

No obstante, uno de los elementos más significativos del desarrollo de la Hoja de Ruta propuesta por la OCDE tenía que ver con la puesta en marcha de la revisión técnica por parte de algunos de los comités de la organización. De los 250, solo 23 tenían que darle su visto bueno al país frente al Consejo de la organización: Agricultura; Asuntos Fiscales; Comercio; Grupo de Trabajo de Créditos a la Exportación; Competencia; Economía y Desarrollo; Educación; Empleo, Trabajo y Asuntos Sociales; Estadística; Gobernanza Pública; Gobierno Corporativo; Inversión; Mercados Financieros; Pesca; Política Ambiental; Grupo de Trabajo en Desechos; Política Científica y Tecnológica; Política del Consumidor; Política Regulatoria; Política de Desarrollo Territorial; Política y Economía Digital; Químicos; Salud; Seguros y Pensiones Privadas, y Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales (Presidencia de la República de Colombia, s. f.). De estos comités, casi todos han dado su visto bueno a Colombia, exceptuando el de Comercio, que para finales de abril de 2018 aún se encontraba estudiando los requisitos en tres campos: chatarrización, farmacéuticos y propiedad intelectual.

La Hoja de Ruta para la adhesión de Colombia también dejaba claros los principios fundamentales a través de los cuales se estructuraría la revisión de los diversos comités y grupos de trabajo. En el caso del Comité de Gobernanza Pública, los principios son:

1. Coordinación y liderazgo de políticas públicas desde el centro de gobierno, tanto en el nivel administrativo, como en el resto de ramas del poder público.
2. Transparencia y rendición de cuentas del gobierno a lo largo del ciclo de políticas públicas, tanto en el nivel nacional como en el local.

3. Integridad en el sector público, incluyendo aspectos como creación de estándares de calidad del comportamiento de los servidores públicos, gestión del riesgo integral y garantías en la interacción entre el sector público y el privado, con énfasis en el *lobbying*, los conflictos de interés y la contratación pública.
4. Ejecución del presupuesto, que incluye disciplina fiscal, distribución y redistribución efectiva de los recursos públicos, promoción de la prestación eficiente de los servicios públicos, presupuestos transparentes y rendición de cuentas.
5. Gestión estratégica de recursos humanos en el sector público, entendido como un gobierno plenamente integrado que facilita la formación de políticas públicas y la prestación de servicios públicos, incluyendo valores esenciales, gestión y planeación estratégica de las plantas de personal, así como mecanismos para asegurar la capacidad y el desempeño de las mismas.
6. Uso de las tecnologías de la información y del acceso electrónico al gobierno, con el fin de facilitar el desempeño del sector público y su capacidad de respuesta frente a las necesidades de la sociedad civil.
7. Gobernanza multinivel, que se refiere a la habilidad de las administraciones central y subnacionales en la implementación conjunta de buenas prácticas de gobierno, así como el diseño y la prestación eficiente, efectiva y equitativa de servicios públicos a escala regional y local.
8. Uso de indicadores y datos de desempeño sobre gobernanza pública para la formulación y ejecución de políticas públicas basadas en evidencia, así como su eventual inclusión en las bases de datos que se publican bianualmente. (OCDE, 2013, p. 15)

Ahora bien, pese a que la gran mayoría de los principios arriba mencionados inciden directa o colateralmente en la reestructuración del esquema de descentralización del Estado, la introducción del concepto de *gobernanza multinivel* ha implicado una transformación sustancial de las “narrativas” que desde la constitución política de

1991 y hasta el momento, han imperado en lo que se refiere a la reforma de los mecanismos jurídicos que regulan las relaciones entre el nivel nacional y el subnacional, así como los procesos de organización política y ordenamiento territorial.

Para la OCDE, la gobernanza multinivel (en adelante GMN) hace referencia a “las relaciones entre actores públicos de diferentes niveles administrativos, denominadas también ‘relaciones intergubernamentales’. La GMN se refiere a compartir, de forma explícita o implícita, autoridad, responsabilidad, desarrollo e implementación de políticas en diferentes niveles administrativos y territoriales” (OCDE, 2014, p. 212). Este concepto, que fue utilizado en un primer momento para describir los mecanismos de gobernanza de la Unión Europea durante los años noventa, permitió identificar a esta organización

como una serie de gobiernos con múltiples objetivos, actores y niveles, participando en el proceso de gobernar, en lugar de un mecanismo vertical claramente ordenado. El marco inicial de la GMN, basado en la interacción formal entre actores, ha evolucionado hacia relaciones y condiciones menos formales, en las que hay una ausencia relativa de reglas y regulaciones. Este enfoque valora las redes y la dotación de capital social dentro de los territorios y dentro de sectores de política. (p. 212)

La OCDE reconoce que la gobernanza multinivel asume una forma particular en función del contexto en el que opere, es decir que no existe un nivel óptimo de descentralización, pues este depende de una gran variedad de factores endógenos y exógenos, dentro de los que es posible identificar la estructura socioeconómica, el diseño institucional y la cultura política, así como los arreglos tanto formales como informales a través de los cuales se distribuye el poder político en el territorio. A pesar de la complejidad que suponen estas particularidades, algunas prácticas y experiencias internacionales desarrolladas por los miembros de la OCDE que han sido calificadas como exitosas “pueden servir de guía y pueden ahorrar tiempo, recursos y fondos públicos, relacionados con el proceso de encontrar un buen nivel de descentralización de las responsabilidades del Estado” (p. 212).

A propósito del esquema de descentralización y su respectiva articulación con los postulados de la GMN, el Comité de Gobernanza de la OCDE formuló las siguientes recomendaciones para Colombia:

1. La necesaria aclaración de los fundamentos del proceso de descentralización, que evite oscilaciones extremas, como la autonomía total para los gobiernos subnacionales o el control férreo de las competencias territoriales por el gobierno central.
2. El apoyo al desempeño y al desarrollo de las capacidades de las entidades territoriales a través de la asistencia técnica, coordinada por el Departamento Nacional de Planeación y aprovechando las sinergias que se logren a través del Sistema General de Regalías (SGR).
3. La promoción en los gobiernos subnacionales de prácticas de transparencia e integridad en el servicio civil, haciendo énfasis en aquellas que permitan una buena gestión de los conflictos de interés en las burocracias públicas. Esto implica diseñar un esquema de principios para regular el *lobbying* y rediseñar los sistemas de contratación y adquisición pública a fin de hacerlos mucho más simples y asequibles (en términos de reducción de trámites, tiempos y requisitos técnicos) a las dinámicas de los funcionarios del orden local.
4. El mejoramiento de la efectividad de la inversión pública y la reducción de las disparidades territoriales en la prestación de bienes y servicios públicos por los gobiernos subnacionales, con el fin de promover el desarrollo regional. Para ello, se propone un mayor equilibrio entre costos operativos (transferencias, impuestos locales) e inversión de capital (transferencias, regalías, inversiones del Presupuesto Nacional de Inversiones). De igual forma, se propone una mayor articulación entre las metas del Plan Nacional de Desarrollo y los planes departamentales y municipales, así como una visión de más largo plazo de estos instrumentos. Finalmente, se espera un uso más eficiente de los recursos del SGR.

5. El mejoramiento del conocimiento de las necesidades de la población de los territorios, de las potencialidades y riesgos de los territorios y de las capacidades de los gobiernos subnacionales, a través de la creación de bases de datos, de la incorporación de estadísticas centradas en los territorios y de la elaboración de indicadores integrales de desempeño territorial. Esto debe complementarse con la implementación de prácticas de gobierno en línea y gobierno abierto que enfaticen en la gestión del recurso humano en el nivel subnacional, con el soporte de las entidades del orden nacional (Departamento Administrativo de la Función Pública y Escuela Superior de Administración Pública) y el fortalecimiento de las prácticas basadas en el uso de tecnologías de la información y la comunicación. (Véase OCDE, 2014, pp. 232-262.)

A continuación, se describirá de manera general el modo en el que el ordenamiento jurídico colombiano en materia de descentralización fue adaptándose a lo largo del proceso de adhesión a la OCDE.

Reformas al proceso descentralizador durante el gobierno de Juan Manuel Santos

La llegada de Juan Manuel Santos a la Presidencia de la República en 2010 supuso la puesta en marcha de una serie de reformas y proyectos políticos que incidieron de manera profunda en las responsabilidades del gobierno nacional frente a las entidades territoriales, con un especial énfasis en aquellas zonas afectadas por el conflicto armado. Podría afirmarse que tanto el desarrollo de los diálogos de paz con la guerrilla de las FARC como la adhesión del país a la OCDE jugaron un papel esencial a la hora de replantear y dinamizar los fundamentos y estructuras básicas del proyecto descentralizador asumido por el Estado desde la promulgación de la carta política de 1991.

Con el fin de no descuidar la temática de este escrito, se describirán aquellas iniciativas que desde el inicio mismo del gobierno

Santos fueron esenciales para el cumplimiento de los estándares y recomendaciones del Comité de Gobernanza de la OCDE descritos con anterioridad. En un primer momento se analizarán algunos componentes del Plan de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos”, la promulgación de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial en 2011 y la creación del Sistema General de Regalías en 2012, como mecanismos previos a la solicitud de adhesión de Colombia a la OCDE en 2013, que de alguna manera abonaron el camino para el cumplimiento de parte de los requisitos de esta organización. También se hará referencia al modo en el que las recomendaciones del Comité de Gobernanza fueron incorporadas en el Plan de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

Como se ha señalado, una de las dificultades más graves a las que se ha enfrentado el Estado colombiano es la superación de las brechas y disparidades en el desarrollo de los territorios. Por esta razón, el Plan de Desarrollo del primer mandato de Juan Manuel Santos reconoce la necesidad de implementar programas y políticas con un enfoque regional, que facilite “la articulación de este y de futuros planes nacionales de desarrollo con los planes y procesos de planificación y gestión territorial, lo cual a su vez contribuye al fortalecimiento de las relaciones Nación-territorio y al logro conjunto de los objetivos de crecimiento económico, ampliación de oportunidades sociales y buen gobierno” (República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, 2011, pp. 27-28), teniendo como unidad de análisis a los departamentos.

De esta preocupación se desprenden al menos tres lineamientos estratégicos del Plan. Por un lado, la importancia de consolidar áreas de desarrollo territorial (ADT) a través de la realización de proyectos de inversión de infraestructura física, alrededor de los que se articulen nuevos mercados y circuitos económicos basados en el desarrollo endógeno de los territorios. Por otro lado, la necesidad de dinamizar los instrumentos de planificación y gestión de los territorios, permitiendo la participación activa de los actores sociales y creando nuevos mecanismos de articulación del esfuerzo de las entidades territoriales, más allá de las jurisdicciones administrativas y políticas fijadas por la ley (pp. 50-52). Finalmente, la necesidad de equilibrar

las capacidades institucionales de municipios y departamentos, habida cuenta de la brecha existente en aquellos localizados en las zonas de influencia de los grandes centros políticos y económicos, tanto del orden nacional como del departamental. Para llegar a esto, el Plan de Desarrollo “Prosperidad para todos” le dedica todo un componente al área de buen gobierno. Se destacan la implementación de prácticas de transparencia y rendición de cuentas en todos los niveles de gobierno, la pulcritud en el manejo de los recursos públicos, el desarrollo de una gestión pública efectiva fundamentada en la eficiencia y la innovación, y la revalorización del sector público (pp. 621-632).

Con el fin de materializar estas metas, en un primer momento se sanciona la Ley 1454 de 2011, también conocida como Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. Uno de los elementos que la hacen relevante es que fue expedida exactamente 20 años después de la firma de la constitución política de 1991, y tras unos 19 intentos fallidos. Durante dos décadas el Estado tuvo que organizar el proyecto descentralizador apoyándose sobre todo en constantes ajustes a la estructura fiscal y a la distribución y reagrupación sucesiva de las competencias de las dos entidades territoriales que han dominado el panorama político-administrativo durante la mayor parte de la experiencia del país como república: el municipio y el departamento. Esto impidió la posibilidad de articular procesos de regionalización y pospuso la creación de mecanismos de asociación entre los gobiernos subnacionales más allá de las áreas metropolitanas.

A través de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, el Estado obtuvo un marco que garantiza la reglamentación de diferentes tipos de esquemas asociativos territoriales, como “las regiones administrativas y de planificación, las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación, y las asociaciones de municipios” (República de Colombia, Ministerio de Interior, 2011, p. 20). De igual manera, esta ley dejó claros los principios y competencias en materia de ordenamiento del territorio que le corresponden a cada unidad subnacional y reglamentó la Comisión de Ordenamiento Territorial, órgano que desde el centro de gobierno se encarga de asesorar “la adopción de

políticas, desarrollos legislativos y criterios para la mejor organización del Estado en el territorio” (p. 16). Con esto quedaban asegurados algunos de los principios del Plan de Desarrollo, sobre todo los atinentes a la creación de condiciones para la articulación de mercados, la generación de proyectos de inversión de iniciativa tanto pública como privada y la dinamización de instrumentos de planeación y gestión territorial.

Al mismo tiempo se impulsaba el Acto Legislativo 5 de 2011, a través del cual se constituyó el Sistema General de Regalías (SGR). Con esta figura, que terminó siendo reglamentada a través de la Ley 1530 de 2012, se buscaba establecer un marco más racional y equilibrado para la distribución de las contraprestaciones económicas de la explotación de los recursos naturales no renovables cuya titularidad le corresponde al Estado. Se pretendía, por un lado, aprovechar los excedentes del crecimiento de la producción minera en Colombia entre 2006 y 2012, y por el otro, romper con un esquema precedente que concentraba esos recursos en un número limitado de municipios y departamentos a través de prácticas y mecanismos de direccionamiento de la inversión precarios o inexistentes (véase Bonet y Urrego, 2014, pp. 1-2). El nuevo sistema se destaca por permitir el acceso a los dineros de las regalías tan solo a aquellas entidades territoriales que generen proyectos de inversión “que mejoren las condiciones de vida y que estén coordinados con los planes de desarrollo territoriales. Estos proyectos son evaluados de acuerdo a criterios como viabilidad, priorización y coordinación con objetivos macroeconómicos generales” (p. 4).

Los proyectos susceptibles de ser financiados con dineros del SGR tienen que ser evaluados por los Organismos Colegiados de Administración y Decisión (OCAD), en los cuales tienen asiento representantes de los diferentes niveles del gobierno (nacional, departamental, municipal) según la naturaleza sectorial del proyecto y el fondo a través del cual se financiará. Los objetivos de estos fondos se encuentran “enmarcados en al menos uno de los siguientes cuatro pilares: i. La equidad social y regional, ii. el ahorro para el futuro, iii. la competitividad regional, y iv. el buen gobierno” (p. 4). Con el fin de lograr la implementación efectiva del sistema, el gobierno emprendió

una estrategia integral de apoyo y capacitación a las entidades territoriales, coordinada por el Departamento Nacional de Planeación, que se valió de diversos instrumentos y metodologías para acercar a una gran variedad de sectores sociales, políticos y económicos de los territorios a las dinámicas de la inversión pública a través del desarrollo de proyectos con un impacto real.

A estos avances en materia de gobernanza pública se podrían adicionar la promulgación del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), la creación de nuevas entidades y órganos del gobierno, como la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– (Decreto-Ley 4170 de 2011), y la introducción de herramientas de medición y seguimiento a factores asociados con la corrupción y el servicio público transparente, como el Índice de Gobierno Abierto, el sistema INTEGRA, el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público, el Modelo Estándar de Control Interno, el Modelo Integrado de Planeación y Gestión, el Formulario Único de Avances de la Gestión y el Sistema Único de Información de Trámites.

No obstante, fue durante el segundo gobierno de Juan Manuel Santos, entre 2014 y 2018, cuando se hicieron los mayores ajustes en el marco de las recomendaciones del Comité de Gobernanza de la OCDE. El Plan de Desarrollo “Todos por un nuevo país” sintetizó muy bien estas directrices en el Eje 9, correspondiente al buen gobierno. Además del logro que significó la puesta en marcha del Sistema General de Regalías y la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial como punta de lanza de un enfoque de planeación territorializado “concebido a la luz de las mejores prácticas territoriales” (República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, 2015, p. 574), se destaca la creación del Programa para la Generación y Fortalecimiento de Capacidades Institucionales para el Desarrollo Territorial. A través de este se busca “movilizar acciones y recursos hacia el territorio, para nivelar las diferencias de capacidad institucional existentes entre entidades territoriales y consolidar procesos, prácticas, instrumentos y herramientas innovadoras que transformen y hagan más eficiente la gestión de las entidades territoriales” (p. 575).

El Eje de Buen Gobierno del Plan de Desarrollo 2014-2018 hacía referencia directa al ingreso a la OCDE y la adopción de sus estándares, así como a todo el proceso explicado en la sección anterior. El gobierno asumía que el “acceso pleno de Colombia a la organización genera derechos y obligaciones” (p. 590), que el Estado adoptaría por medio de un enfoque de cierre de brechas, especialmente en los sectores salud, vivienda, agua potable, saneamiento básico, transporte y vías, y capacidad institucional. Así mismo, establecía que los derroteros estarían centrados en el fortalecimiento de las capacidades de gestión territorial, la implementación de la política general de ordenamiento territorial, la promoción de la planeación concertada y la gobernanza multinivel a través de la figura de los Contratos Plan, la implementación de un esquema de competencias diferenciado que permitiera la adopción de instrumentos modernos y dinámicos –como un Código de Régimen Departamental– y la creación de cadenas de valor para programas misionales a escala territorial y regional (p. 603).

La adhesión de Colombia a la OCDE: evaluación general de los compromisos adquiridos a la luz del derecho internacional

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, se hace necesario evaluar, a la luz de algunos postulados del derecho internacional, el tipo de relación que se establece entre las recomendaciones dadas por el Comité de Gobernanza Pública de la OCDE y los ajustes del ordenamiento jurídico colombiano en materia de descentralización. En ese sentido, la teoría de las fuentes del derecho internacional resulta al menos esclarecedora del contexto en el que podríamos situar dicha interacción normativa:

[E]n lugar de “fuentes formales”, en sentido estricto, en derecho internacional existe el principio de que el consentimiento amplio de los Estados genera reglas de aplicación general. Esto es, una regla de derecho internacional es aquella que ha

sido aceptada como tal por la comunidad internacional, siendo la costumbre y los tratados las fuentes principales del ordenamiento jurídico internacional, aunque no necesariamente las únicas formas de creación de derechos y obligaciones internacionales. (Del Toro, 2006, p. 526)

La aceptación del conjunto de fuentes del derecho internacional como un sistema abierto, en el que no hay un límite, ni un número determinado de normas jurídicas, ni una pauta específica para su creación (Barberis, 1994, p. 257), permite asumir una distinción fundamental entre al menos dos tipos de fuentes: las del *hard law* y las del *soft law*. Frente a esta distinción afirma Del Toro (2006, pp. 525-526):

[G]eneralmente el ámbito del *soft law* se analiza en oposición al denominado *hard law*, entendiéndolo este como aquellos instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado. Este modelo de aproximación al fenómeno desde la contraposición formal *soft law/hard law* busca identificar como derecho (*hard*) solamente aquellas normas que hayan sido producidas mediante las denominadas “fuentes” tradicionales del derecho internacional, en particular, mediante los tratados y la costumbre, dejando fuera del ámbito de lo jurídico otras manifestaciones de voluntad de los sujetos de derecho internacional.

Alrededor de esas “otras manifestaciones”, aquellas que comprenderían el ámbito del *soft law*, algunos autores sostienen que hacen referencia al conjunto de resoluciones, recomendaciones, guías, códigos o estándares de conducta mediante los cuales se operacionalizan algunos tratados de conformación de organismos internacionales y cuyo carácter no necesariamente es vinculante (véase Colmegna, 2012, pp. 30-31). Justamente, alrededor de esta última característica han tenido que establecerse algunas precisiones:

Ciertamente en el contexto actual de globalización económica cada vez con mayor frecuencia e intensidad los diferentes Estados se ven obligados a reformar su ordenamiento siguiendo el *soft law*, dado que en caso contrario pueden sufrir determinado tipo de contramedidas por parte de las organizaciones e instituciones que las han dictado, como por ejemplo, la inclusión en una “lista negra” (*blacklisting*), sanciones económicas, obstaculización de las operaciones con el país incumplidor por parte de un bloque de países que establecen legislación a tal efecto (v. gr. “contramedidas” fiscales como la propuesta por el Comité Fiscal de la OCDE en relación con los países que figuran en su *blacklisting*), o simplemente la suspensión de los pagos de un crédito internacional. (Caamaño Anido y Calderón Carrero, 2002, p. 193)

En función de lo anterior, habría que afirmar que el proceso de adhesión de Colombia a la OCDE estuvo entrecruzado por mecanismos provenientes tanto del *hard law* como del *soft law*. No hay que olvidar que aunque la mayoría de solicitudes elevadas por la organización en el marco de sus comités se estructuran como “recomendaciones”, el acto que ratifica la vinculación de un país como miembro es un tratado internacional y debería entenderse como tal. Situaciones como esta hacen necesaria la intervención de la academia y de la doctrina del derecho internacional, para ayudar a comprender las implicaciones de este tipo de hibridaciones, tanto para el sistema internacional como para el ordenamiento jurídico interno de los Estados.

En el caso concreto del ordenamiento jurídico colombiano en materia de descentralización y gobernanza pública, ha sido evidente el modo en el que este tipo de interacción ha incidido positivamente en la implementación de reformas y ajustes que llevaban décadas de estancamiento. No obstante, muchas de estas iniciativas han sido producto de un diálogo y de una coordinación entre la alta gerencia del gobierno colombiano y los paneles de expertos de la OCDE, que escapa a las dinámicas de los territorios.

Algunos de los postulados sobre los que se ha construido la doctrina de las nuevas fuentes del derecho internacional parten de

reconocer el papel fundamental que juegan nuevos actores tanto individuales como colectivos, tanto transnacionales como subnacionales, que se benefician del contexto de la globalización a la hora de establecer interacciones cada vez más horizontales que en el pasado. De cierta manera, esto impone una gran variedad de retos a la cada vez más estrecha soberanía de los Estados y al papel cada vez más limitado de estos como interlocutores de las diferentes capas de la sociedad civil ante el resto del sistema internacional.

Referencias

- Barberis, J. (1994). *Formación de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Ábaco.
- Bonet, J. y Urrego, J. (2014). *El Sistema General de Regalías: ¿mejoró, empeoró o quedó igual?* Documentos de Trabajo sobre Economía Regional, N.º 198. Banco de la República – Centro de Estudios Económicos Regionales.
- Caamaño Anido, M. A. y Calderón Carrero, J. M. (2002). Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario? *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 6, 179-210.
- Colmegna, P. D. (2012). Impacto de las normas de *soft law* en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 6, 8, 27-47. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/34/0>
- Del Toro Huerta, M. I. (2006). El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 6, 513-549.
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (s. f.). *Acerca de la Organización para la Cooperación y el*

- | 162 |
- Desarrollo Económicos*. Disponible en: <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>
- - -. (1960). *Convención de la OCDE*. Disponible en: <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/convenciondelaocde.htm>
- - -. (2007). *Council: A General Procedure for Future Accessions*. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=C\(2007\)31/Final](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=C(2007)31/Final)
- - -. (2011). *La OCDE: 50 años promoviendo mejores políticas para una vida mejor*. Disponible en: <https://www.oecd.org/centrodemexico/47765794.pdf>
- - -. (2013). *Council: Roadmap for the Accession of Colombia to the OECD Convention*. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=c\(2013\)111/final&doclanguage=](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=c(2013)111/final&doclanguage=)
- - -. (2014). *Colombia: la implementación del buen gobierno*. OECD Publishing.
- Presidencia de la República de Colombia (s. f.). *Comités que evalúan a Colombia*. Disponible en: <http://www.colombiaenlaocde.gov.co/Paginas/Comites-que-evaluan-a-Colombia.aspx>
- República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. (2011). *Plan de Desarrollo 2010-2014: Prosperidad para todos*. Tomos I y II.
- - -. (2015). *Plan de Desarrollo 2014-2018: Todos por un nuevo país*. Tomos I y II.
- - -. , Ministerio de Interior (2011). Ley 1474 de 2011. Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

Índice analítico y onomástico

| 163 |

Acto Legislativo 5 de 2011 156
adhesión de Colombia a la OCDE 147-153
 compromisos adquiridos 158-161
 Hoja de Ruta 148-150
 recomendaciones del Comité de Gobernanza 152-153, 154, 157, 158
administración o gobierno central 150, 152, 153, 156, 158
administraciones o gobiernos subnacionales 150, 143, 153, 155
Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente
157
áreas de desarrollo territorial 154
blacklisting 160
buen gobierno 154, 155, 156, 157, 158
Código de Régimen Departamental 158
Comisión de Ordenamiento Territorial 155-156
Comité de Gobernanza Pública de la OCDE 146, 149-150, 152, 154, 157, 158
Comité Fiscal de la OCDE 160
constitución colombiana 146, 153, 155, 150-151
Contratos Plan 158
Decreto-Ley 4170 de 2011 157
Departamento Administrativo de la Función Pública 153
Departamento Nacional de Planeación 152, 154, 157
departamentos 145, 146, 154, 155, 156
derecho internacional, teoría de las fuentes del 146, 147, 158-159, 160-161
descentralización 145-146, 147, 150, 151, 152, 160
 reformas durante el gobierno Santos 153-158
entidades territoriales 145, 152, 153, 154, 155, 156, 157
Escuela Superior de Administración Pública 153
esquemas asociativos territoriales 155
FARC, diálogo con las 153
Formulario Único de Avances de la Gestión 157
GMN *véase* gobernanza multinivel
gobernanza
 multinivel 147, 150-151, 152, 158
 pública 146, 147, 150, 157, 160
gobierno en línea 153

hard law 159, 160
 Índice de Gobierno Abierto 157
 INTEGRA 157
 inversión 147, 152, 154, 156, 157
 Ley 1454 de 2011 (Orgánica de Ordenamiento Territorial) 147, 154, 155-156
 Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) 157
 Ley 1530 de 2012 147, 156
lobbying 150, 152
 Modelo Estándar de Control Interno 157
 Modelo Integrado de Planeación y Gestión 157
 municipios 145, 146, 155, 156
 OCDE *véase* Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
 ordenamiento territorial 151, 158
 Organismos Colegiados de Administración y Decisión 156
 Organización Europea para la Cooperación Económica 147
 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos 146, 147, 148, 154, 158, 160
 adhesión de Colombia 147-153
 Plan Marshall 147
 Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos” 147, 154-155
 Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país” 154, 157-158
 políticas públicas 147, 148, 149, 150
 Programa para la Generación y Fortalecimiento de Capacidades Institucionales para el Desarrollo Territorial 157
 rendición de cuentas 149, 150, 155
 Santos, Juan Manuel 146, 147, 153, 154, 157
 servicios públicos 147, 150, 152
 SGR *véase* Sistema General de Regalías
 Sistema de Información y Gestión del Empleo Público 157
 Sistema General de Regalías 143, 147, 154, 156, 157
 Sistema Único de Información de Trámites 157
soft law 159, 160
 transparencia 148, 149, 152, 155
 Unión Europea 151

CAPÍTULO V

La responsabilidad internacional y la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia frente a la Corte Penal Internacional

*Walter Arévalo Ramírez y Veronika Hölker
(Colombia - Alemania)*

Introducción

Muchos expertos consideran que el Acuerdo de Paz celebrado entre el gobierno colombiano y las FARC-EP constituye un precedente importante en el ámbito de la paz negociada (Kroc Institute for International Peace Studies, 2017; Herbolzheimer, 2016). Sin duda, uno de los puntos que más ha recibido atención es el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), y en particular la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), acordada entre las partes para dar respuesta a las víctimas del conflicto y garantizar la seguridad jurídica de quienes participaron en él.

Esta atención se debe, entre otras cosas, a la controversia que se desprende de negociar una justicia “extraordinaria” con el fin de lograr el cierre de un conflicto. Aun así, existen valoraciones que destacan la centralidad de las víctimas consagrada en el Acuerdo y la participación directa que estas tuvieron durante las negociaciones, pues es una innovación frente a anteriores procesos de paz, a nivel nacional e internacional, que no contaban con espacios participati-

vos (Barbosa, 2017). El Acuerdo de La Habana también se destaca por haber sido negociado y desarrollado dentro del marco normativo del Estatuto de Roma, lo cual ha generado una “interlocución constructiva” con la Corte Penal Internacional (CPI), institución que ha venido acompañando el proceso a través de sus observaciones y valoraciones sobre las posibles fórmulas para investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con miras a terminar un conflicto armado (Teitel, 2016, p. 269).

La JEP fue concebida entonces como un mecanismo de justicia transicional que debe acatar las normas internacionales, sin que esto implique necesariamente la aplicación de principios y normas habituales de la justicia ordinaria (por ejemplo, el enfoque en las medidas punitivas, o la primacía de la verdad judicial sobre la verdad histórica), pues estos resultan inadecuados para generar compromisos que incentiven el cese de hostilidades (Uprimny Yepes, Sánchez Duque y Sánchez León, 2014, p. 95).

Ahora bien, la JEP, como fórmula creada para el contexto particular de Colombia, se enmarca en una serie de antecedentes y experiencias de otros países que han sido ampliamente estudiados. Lo que diferencia el caso colombiano de los demás tiene que ver con dos aspectos:

1. El robustecimiento del derecho internacional ha creado estándares y parámetros más claros que reducen el margen de maniobra a la hora de concebir e implementar las políticas de justicia transicional. Es inadmisibile, hoy en día, postergar la justicia y permitir una situación de total impunidad en aras de alcanzar la paz o la reconciliación.
2. El caso colombiano no se caracteriza por la caída de un régimen represivo y la transición hacia una democracia, sino por el cierre de un prolongado conflicto armado interno para lograr la paz y responder de manera adecuada a las infracciones cometidas por todos los actores involucrados.

Partiendo de estas particularidades del proceso de paz en Colombia, el presente trabajo pretende analizar en qué medida la

Jurisdicción Especial para la Paz constituye un precedente, particularmente de cara a otras experiencias internacionales. Así mismo, se evaluará la relación de la JEP con los mandatos actuales del derecho penal internacional, concentrado en la Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma, teniendo en cuenta las obligaciones vinculantes que estos generan para Colombia y la nueva jurisdicción.

La justicia transicional: evolución del concepto y bases para la construcción de la JEP en Colombia

La académica Ruti Teitel (2003, p. 69) ha trazado el concepto de *justicia transicional* a través de una “genealogía” que identifica las cesuras que se dan tras un período de violencia, como por ejemplo en el caso de los juicios de Núremberg o el tránsito hacia la democracia en los países del Cono Sur en los ochenta. Herramientas como estas son útiles para distinguir las lógicas y dinámicas que han operado en las diferentes experiencias de transición. Sin embargo, es necesario aclarar que la justicia transicional ha asumido formas muy diversas y no se la debe entender como un concepto con una acepción jurídica claramente definida. De hecho, la “ambigüedad” con la cual muchos asocian la justicia transicional “hace que [...] no pueda formar parte del derecho internacional consuetudinario (y mucho menos del derecho imperativo o de *ius cogens*)” (Olasolo Alonso, 2015, p. 24). Mientras tanto, hay quienes sostienen que dicha ambigüedad genera un grado de flexibilidad importante para garantizar que los Estados puedan formular y aplicar una justicia transicional adecuada a las particularidades de cada país y conflicto, teniendo en cuenta que esta “es siempre contextual, por más que se funde en valores universales” (Uprimny Yepes, Sánchez Duque y Sánchez León, 2014, p. 25).

Dada la amplitud de los antecedentes internacionales de transición, el presente trabajo se limitará a rescatar algunas observaciones sobre las tendencias generales que caracterizan dichas experiencias. Al respecto, se basará en trabajos comparativos y bases de datos que contienen 161 mecanismos de justicia transicional registrados en igual número de países entre los años 1970 y 2007 (Olsen, Payne y

Reiter, 2010). Estos autores destacan la continuidad y preponderancia con la cual se han aplicado los diferentes mecanismos de justicia transicional a lo largo del período analizado y concluyen que estos “se han convertido en una constante en la arena política durante casi cuatro décadas” (p. 39).

De los 848 mecanismos registrados y analizados en la base de datos, la mitad son amnistías (sin contar las *de facto*), mientras que los juicios comprenden el 32 % de las fórmulas aplicadas. El alto número de amnistías es producto de la tensión entre justicia y paz que caracterizó el desarrollo temprano de la justicia transicional (Teitel, 2003, p. 82). Los esfuerzos por resolver dicha tensión con frecuencia redundaban en la aplicación de amnistías, siguiendo la lógica de un enfoque “minimalista”, según el cual es favorable evitar enjuiciamientos y escenarios de venganza con el fin de posibilitar la reconciliación.

Hoy en día, los principios universales desarrollados en materia de derechos humanos y superación de conflictos reiteran que la justicia y la paz, lejos de ser polos opuestos, constituyen elementos clave que se deben reforzar mutuamente (ONU, 2010, p. 4). Aun así, es inevitable reconocer que la justicia transicional en la práctica ha resultado en la “flexibilización” de algunos deberes y derechos:

Desde el concepto de “justicia de transición” se ha venido afirmando una presunta imposibilidad de los Estados para cambiar de régimen político o alcanzar la paz en contextos en los que se han producido violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos, sin que se permita una flexibilización de los estándares de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de crímenes internacionales. (Olasolo Alonso, Mateus Rugeles y Contreras Fonseca, 2016, p. 139).

Es precisamente ese elemento de flexibilización el que genera una situación en apariencia paradójica: por un lado la JEP, a diferencia de otras fórmulas de justicia transicional, ha tenido que respetar las obligaciones contraídas en el derecho penal internacional; por otro lado, es producto de una negociación entre dos partes que busca alcanzar la terminación del conflicto. Lo anterior necesariamente implica un

acercamiento entre los actores del conflicto a través de compromisos que “flexibilizan” los criterios y estándares de la justicia ordinaria y las normas internacionales. El reto de la JEP ha sido, y seguirá siendo, mantener el equilibrio entre estos dos factores, es decir: aplicar justicia en los casos de las más graves violaciones cometidas en el marco del conflicto, y a la vez, ponderar el “maximalismo carcelario” al aplicar amnistías y sanciones restaurativas (Barbosa, 2017, p. 183). La relación de la JEP con las obligaciones derivadas del derecho internacional será abordada en los próximos acápite.

La JEP y los antecedentes internacionales de transición

La frecuencia con la cual se han aplicado amnistías en el mundo parece contravenir el marco normativo del derecho penal internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este tribunal ha sido enfático en la inadmisibilidad de las amnistías para violaciones graves a los derechos humanos, equiparándolas a la impunidad¹. Pese a ello, existen formas legítimas de amnistía, en particular cuando son concedidas de manera restringida y cuando su concesión está atada al propósito de lograr el cese de hostilidades y la dejación de armas de combatientes no involucrados en graves violaciones (Mallinder, 2014, p. 144; Freeman, 2009, p. 16).

Esta fórmula fue incorporada al acuerdo de justicia de La Habana, el cual determina que esta figura jurídica será aplicada únicamente a casos constitutivos de la rebelión (y conexos), excluyendo de manera explícita los crímenes definidos en el Estatuto de Roma

1 Véase Corte IDH, casos Barrios Altos vs. Perú; Gomes Lund y otros vs. Brasil, y Gelman vs. Uruguay. En Gelman vs. Uruguay, la amnistía fue sometida a dos referendos, pero la Corte IDH sostuvo que el apoyo popular es irrelevante a la hora de determinar su inadmisibilidad, pues por más democrático que este sea “no le concede, automáticamente ni por sí solo, legitimidad ante el Derecho Internacional”.

(Acuerdo de Paz, 2016). Posteriormente, a través de la Ley 1820 o Ley de Amnistía e Indulto del 30 de diciembre de 2016, se materializó esa restricción:

En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto únicamente los delitos que correspondan a las conductas siguientes: a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves² crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. (Congreso de Colombia, 2016, art. 23)

La Corte Penal Internacional ha acogido lo anterior con beneplácito (CPI, 2016), pues esta fórmula se aleja de las autoamnistías y amnistías generales que fueron otorgadas en varios países de la región y que, en el contexto actual, hubieran sido incompatibles con el Estatuto de Roma.

Como lo indica la base de datos de Olsen, Payne y Reiter, los juicios son la segunda figura más aplicada en contextos de transición, y constituyen “el mecanismo judicial más emblemático y tradicional de la justicia transicional” (Ibáñez Najar, 2014, p. 477). Esto abarca tanto juicios nacionales como tribunales híbridos (por ejemplo, los de Sierra Leona y Camboya) y los tribunales *ad hoc* establecidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda. Cabe mencionar que la JEP se aparta de estas experiencias, pues no fue creada bajo los auspicios de las Naciones Unidas y estará compuesta únicamente por magistrados nacionales³.

2 La palabra “grave” fue declarada inexecutable en el estudio constitucional de esta ley (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

3 La primera versión del Acuerdo de Paz (firmado en agosto de 2016) contemplaba la magistratura de jueces internacionales en el tribunal y las salas de la JEP.

En ese orden de ideas, la JEP también se diferencia de otras fórmulas de justicia en momentos de transición, en tanto “flexibiliza” el deber de castigar mediante penas retributivas, y prevé sanciones restaurativas que se tasarán de acuerdo con el grado de verdad y responsabilidad reconocido por el victimario. Sin embargo, conceder beneficios penales a cambio de un aporte a la verdad o a la reparación de las víctimas no es un modelo del todo novedoso, pues ha caracterizado varios organismos no judiciales. Al respecto, se destaca la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, cuyo comité de amnistías otorgaba beneficios a quienes aportaban confesiones exhaustivas ante ella (Hayner, 2011, p. 28).

Tampoco es la primera vez que se contemplan medidas restaurativas tras el cierre de un conflicto. Al contrario, estas nociones restaurativas parecen ocupar un papel cada vez más preponderante en contextos de construcción de paz (Clamp, 2016), como lo evidencia, por ejemplo, la Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación establecida en Timor Oriental en 2002. Esta no permitía

la inmunidad con respecto a crímenes graves, como el homicidio o la violación, incluso cuando el autor confesaba plenamente, pero permitía la inmunidad respecto de los crímenes solamente cuando el autor confeso se comprometía a hacer servicio comunitario o a hacer un pago simbólico, de conformidad con un acuerdo negociado entre el autor, la víctima o víctimas y la comunidad. (OACNUDH, 2009, p. 34)

Claramente, esto responde a lógicas restaurativas similares a aquellas plasmadas en el Acto Legislativo 01 de 2017, que creó el SIVJNRN y

Sin embargo, esto fue modificado con posterioridad al resultado negativo del plebiscito. El Acuerdo firmado en noviembre de 2016 limita la participación de los juristas extranjeros, que solo podrán actuar en calidad de *amicus curiae* y participar en los debates de la JEP (es decir, con voz, pero sin voto). La Corte Constitucional tomó un paso adicional al declarar inexecutable la participación de los juristas extranjeros en los debates de la JEP, por lo tanto, solo podrán aportar opiniones en caso de que les sean solicitadas.

la JEP: “Las sanciones tendrán como finalidad esencial los derechos de las víctimas” y “[d]eberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado” (Congreso de Colombia, 2017, art. trans. 13, art. 1).

La innovación que representa la JEP no radica necesariamente en su régimen de sanciones restaurativas. Más bien, lo que distingue a la JEP de experiencias anteriores es que estas sanciones se concebirán e impondrán en el marco de un proceso penal, pues aunque la JEP difiere de la justicia ordinaria en ciertos aspectos, no deja de ser un mecanismo judicial compuesto por un tribunal, salas y secciones e integrado por magistrados que deben cumplir con “los mismos requisitos que para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema o del Consejo de Estado” o “del Tribunal Superior de distrito judicial” (Acuerdo de Paz, 2016, pp. 167-168).

Pese a lo anterior, la JEP, y en particular su enfoque restaurativo, ha sido el foco de críticas y polémica. Esto no sorprende, pues las sanciones restaurativas —es decir, aquellas no privativas de la libertad— podrán ser impuestas a quienes hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, ningún organismo internacional competente, por ejemplo la CPI o la Corte IDH, ha abordado clara y exhaustivamente en su jurisprudencia la inadmisibilidad de estas sanciones para crímenes graves (Uprimny Yepes, Sánchez Duque y Sánchez León, 2014)⁴. Por primera vez, dichos organismos se ven confrontados con un mecanismo de justicia no impuesto o establecido por la ONU, sino formulado y pactado entre las mismas partes implicadas en el conflicto y que deben responder por sus delitos. En este sentido, la JEP es innovadora, en tanto representa un órgano de justicia *negociado* ante el cual podrán comparecer todos⁵ los actores involucrados en el conflicto de manera directa o indirecta.

4 Este tema solo ha sido analizado en el voto concurrente de Diego García-Sayán en el caso de *El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012), pero no concretamente en la jurisprudencia propia de la Corte IDH.

5 Como se detallará más adelante, el Congreso y la Corte Constitucional han modificado la participación de terceros civiles de tal manera que estos podrán

Las complejidades que caracterizan la justicia transicional contemporánea se ven reflejadas en el caso de la JEP, pues es emblemática del contexto aparentemente contradictorio en el que nace: por un lado, el Acuerdo es enfático en la centralidad de las víctimas y la necesidad de cumplir con el deber del Estado de combatir la impunidad, reconociendo la antes mencionada idea de que la paz y la justicia se complementan. Sin embargo es evidente que, por las razones ya expuestas, la justicia (penal) aplicada por la JEP no podrá ser absoluta, y la misma Corte Constitucional (2013) lo ha afirmado: “Es legítimo que se dé una aplicación especial de las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán aquellos delitos”; así mismo ha sostenido que “los mecanismos de [...] penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento no implican, por sí solos, una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas”.

La cuestión por resolver gira entonces en torno a la obligación incondicional de imponer penas carcelarias incluso cuando estas impedirían la consecución de la paz negociada. El escrutinio de la CPI y su Fiscalía requiere entonces el abordaje de esta y otras cuestiones, que han surgido a partir de varias modificaciones introducidas a la JEP en el marco de su desarrollo normativo. A continuación, exponemos algunas observaciones al respecto.

comparecer ante la JEP voluntariamente: “21. [...] Se trata entonces de una jurisdicción *ad hoc* creada con posterioridad a los hechos que serán objeto del juzgamiento, y que, por las reglas con las cuales fue concebida, y en función, precisamente, de su carácter transicional, ofrece amplias garantías para los combatientes en el conflicto armado, los cuales, por consiguiente, quedan sometidos a ella, al paso que los civiles y los agentes del Estado no miembros de la fuerza pública, solo accederán a esa instancia voluntariamente, en función de las ventajas que puedan obtener como contrapartida a su decisión de aportar verdad, reparación y garantías de no repetición” (Corte Constitucional de Colombia, 2017).

El rol de la CPI y sus valoraciones de la JEP: entre el apoyo y los reparos frente a las sanciones alternativas

| 174 |

Autores como Stahn (2005) y Scharf (2006) han sostenido que el Estatuto de Roma conserva un grado de ambigüedad (deliberada) con respecto a los lineamientos para la concesión de amnistías y penas alternativas. Existen únicamente criterios de inadmisibilidad consagrados en el artículo 17 (a) y (b), a partir de los cuales se podría argumentar a favor de fórmulas alternativas de justicia. En ese artículo se hace referencia a asuntos que “sea[n] objeto de una investigación o enjuiciamiento”, sin una precisión clara sobre si este proceso debe redundar en una pena carcelaria. La activación o no de la competencia de la CPI depende, según Stahn (2005, p. 698), de la efectividad y genuinidad de las investigaciones adelantadas, independientemente de la pena en la cual hayan resultado. En ese orden de ideas también se ha citado con frecuencia el artículo 53 (1) (c) del Estatuto de Roma, según el cual se debe determinar, antes de una posible investigación, si “existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”.

Tal y como se ha señalado más arriba, las negociaciones de paz en Colombia fueron las primeras en llevarse a cabo con el acompañamiento y escrutinio de la CPI, lo cual hace necesario que este órgano tome posición con respecto a las amnistías parciales y los mecanismos restaurativos adoptados por la JEP. Si bien la Fiscalía de la CPI ya ha realizado algunos pronunciamientos en el marco de su examen preliminar en Colombia, evaluando negativamente la suspensión de las penas privativas de la libertad, no ha dado a conocer una posición contundente sobre el tema (Uprimny Yepes, Sánchez Duque y Sánchez León, 2014, pp. 68-69). Sin embargo, es posible afirmar que dicha posición ha evolucionado en el tiempo, a medida que progresaban las negociaciones de paz en Cuba: la fiscal Fatou Bensouda enfatizó su “satisfacción” con el texto final de la JEP, ya que en este se excluyen “amnistías e indultos para crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra bajo el Estatuto de Roma”. Así mismo, resaltó “[l]a importancia fundamental de una auténtica rendición de cuentas

—que por definición incluye *sanciones efectivas*” (CPI, 2016, p. 1, énfasis añadido), sin hacer mención alguna de la obligación de imponer penas privativas de la libertad.

Modificaciones recientes a la JEP y posibles incumplimientos con el derecho penal internacional. Conclusión

En octubre de 2017, la Fiscalía de la CPI presentó un *amicus curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia, precisando su postura frente a los temas arriba mencionados. Afirmó que “las sanciones penales efectivas podrían ser de distinto tipo” cuando se las formule en contextos de transición y con el fin de cerrar un conflicto armado. Para la Fiscalía, la efectividad de estas sanciones depende de “la naturaleza y los alcances de las medidas que, combinadas, formarían una sanción y si, en las circunstancias particulares de un caso, cumplirían adecuadamente los objetivos de la pena y brindarían una reparación a las víctimas” (CPI, 2017, p. 21).

El Informe de actividades sobre la “situación preliminar”⁶ en Colombia, publicado en diciembre de 2017, es reiterativo en esta postura aún ambigua, pero a la vez asertiva, de la CPI. Infortunadamente, el informe da cuenta de una agudizada preocupación de la CPI con respecto a la JEP, que se debe a las modificaciones introducidas a esta jurisdicción tanto por el Congreso de la República como por los comunicados y fallos de la Corte Constitucional. A consecuencia de estos cambios, surgen al menos tres puntos que podrán resultar en una incompatibilidad de la JEP con lo estipulado en el Estatuto de Roma.

El primer punto concierne a la interpretación adoptada en materia de responsabilidad de mando (Acto Legislativo 01 de 2017,

6 La CPI cataloga la situación en Colombia como “preliminar” desde el año 2004. Actualmente se encuentra en fase de admisibilidad, lo cual puede o no resultar en la apertura de una investigación.

art. trans. 24). La CPI es clara en determinar que dicha responsabilidad recae en toda persona que se encuentre en condiciones de prevenir los crímenes cometidos por sus subalternos, mientras que el Acto Legislativo 01 de 2017 introduce una serie de condiciones al respecto: solo tendrán que responder aquellos que tengan la capacidad legal y material de emitir órdenes, y solo cuando se trate de hechos cometidos dentro del área de responsabilidad asignada a ese mando, entre otras. Dicha definición difiere considerablemente del estándar internacional y podría generar impunidad con respecto a los mandos que hubieran podido prevenir las violaciones cometidas. Así mismo, esta interpretación “nacional” podría ser vista como una falta de voluntad para enjuiciar a los altos mandos, motivo suficiente para que la Corte inicie una investigación.

El segundo aspecto que genera inconsistencias frente al derecho internacional es el criterio de “sistematicidad” de los crímenes de guerra introducido a la JEP, el cual implica que quienes cometieron este tipo de crímenes de manera aislada no serán objeto de investigaciones. Es de anotar que la CPI no contempla un estándar de sistematicidad para estos crímenes; en consecuencia, su no juzgamiento en la JEP o en cualquier otra jurisdicción podrá resultar en la apertura de casos en la Corte.

Por último, el paso del Acto Legislativo 01 de 2017 por el Congreso también redundó en una nueva interpretación sobre quiénes deberán comparecer ante la JEP para responder por sus crímenes (art. trans. 16). En su última versión, que ya fue avalada por la Corte Constitucional⁷, se contempla una participación *voluntaria* para terceros no combatientes (agentes civiles del Estado, financiadores de grupos armados, empresas, etc.) que indirectamente hubieran

7 Cabe anotar que al momento de escribirse este capítulo han transcurrido cinco meses desde que la Corte Constitucional anunciara en un comunicado su decisión sobre el Acto Legislativo 01 de 2017. Sin embargo, dado que este carece de efectos jurídicos, es importante que se publique prontamente el texto completo del fallo.

contribuido a la comisión de graves crímenes en el marco del conflicto (Corte Constitucional de Colombia, 2017). Resulta evidente que, de no corregirse esta debilidad, estos casos también podrán ser cobijados por la jurisdicción de la CPI, si las conductas responden a las categorías de autoría, omisión o contribución del derecho penal internacional, y si existe mérito para intervención por inacción del Estado en su investigación.

Referencias

- Acuerdo de Paz/Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (en sus dos versiones) (2016).
- Barbosa, F. (2017). *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*. Bogotá: Ediciones B.
- Clamp, K. (2016). *Restorative Justice in Transitional Settings*. Nueva York y Londres: Routledge.
- Congreso de Colombia. (2016, 30 de diciembre). Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.
- - -. (2017, 4 de abril). Acto Legislativo 01 de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-579. Instrumentos jurídicos de justicia transicional/Marco jurídico para la paz.
- - -. (2017, 14 de noviembre). Comunicado N.º 55. Norma revisada Acto Legislativo 01 de 2017.
- - -. (2018, 1.º de marzo). Comunicado N.º 8. Norma revisada Ley 1820 de 2016.
- CPI, Corte Penal Internacional. (2016). Declaración de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, sobre la conclusión de las negociaciones

- de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo.
- -. (2017a). Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la CPI sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia.
- -. (2017b, 4 de diciembre). Informe sobre las actividades de examen preliminar.
- Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional (2002). Disponible en: <[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)>
- Freeman, M. (2009). *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hayner, P. (2011). *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. Nueva York y Londres: Routledge.
- Herbholzheim, K. (2016). *Innovations in the Colombian Peace Process*. Oslo: NOREF, Norwegian Peacebuilding Resource Centre.
- Ibáñez Najar, J. E. (2014). *Justicia transicional y comisiones de verdad*. Madrid: Instituto Berg.
- Kroc Institute for International Peace Studies (2017). *Report on the Status of Implementation of the Colombian Final Accord. Executive Summary*. Notre Dame: University of Notre Dame.
- Mallinder, L. (2014). Amnesties in the Pursuit of Reconciliation, Peacebuilding, and Restorative Justice. En: J. Llewellyn y D. Philpott (eds.), *Restorative Justice, Reconciliation and Peacebuilding* (pp. 138-173). Nueva York y Londres: Routledge.
- OACNUDH, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009). *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*.
- Olasolo Alonso, H. (2015). *Introducción al derecho internacional penal*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- -, Mateus Rugeles, A. y Contreras Fonseca, A. (2016). La naturaleza imperativa del principio “no hay paz sin justicia” respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada “justicia de transición”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49, 145, 135-171.

- Olsen, T., Payne, L. A. y Reiter, A. G. (2010). *Transitional Justice in Balance. Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington, D. C.: United States Institute of Peace.
- ONU, Organización de las Naciones Unidas (2010). *Guidance Note of the Secretary General. United Nations Approach to Transitional Justice*.
- Scharf, M. P. (2006). From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace. *Washington and Lee Law Review*, 63, 1, 339-376.
- Stahn, C. (2005). Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretive Guidelines for the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*, 3, 695-720.
- Teitel, R. G. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 69-94.
- - -. (2016). Transitional Justice and the Peace Process in Colombia. En: C. Bernal Pulido, G. Barbosa Castillo y A. R. Ciro Gómez (eds.), *Justicia transicional. Retos teóricos*, vol. 1 (pp. 247-281). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny Yepes, R., Sánchez Duque, L. M. y Sánchez León, N. C. (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: DeJusticia.

Índice analítico y onomástico

| 180 |

- Acto Legislativo 01 de 2017 171, 172, 175-177
- Acuerdo de La Habana 166
- Acuerdo de Paz 165-166, 169-170, 172
- amnistías o indultos como mecanismo de justicia transicional 168-170, 171, 174-175
- autoamnistías 170
- beneficios penales por verdad o reparación 171
- Bensouda, Fatou 174
- Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica 171
- Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación en Timor Oriental 171
- Congreso de Colombia 172-173, 175-177
- Corte Constitucional de Colombia 170-171, 172-173, 175-177
- Corte IDH *véase* Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos 169, 172
- Corte Penal Internacional 166-167, 170, 172, 173
 - y sanciones alternativas 174-177
- CPI *véase* Corte Penal Internacional
- crímenes de guerra 170, 174, 176
- derecho internacional humanitario 166
- derecho penal internacional 167, 168, 169, 175-177
- derechos humanos 166, 168, 169, 172
- Estatuto de Roma 166, 167, 169-170, 174, 175-177
- Fiscalía de la CPI 173, 174-177
- flexibilización 168-169
- García-Sayán, Diego 172
- impunidad 166, 169, 173, 176
- Informe de actividades sobre la situación preliminar en Colombia 175
- JEP *véase* Jurisdicción Especial para la Paz
- juicios
 - como mecanismo de justicia transicional 168, 170
 - de Núremberg 167
- Jurisdicción Especial para la Paz 165-167, 168-169, 170-175
 - incompatibilidades con el Estatuto de Roma 175-177

modificaciones introducidas por el Congreso y la Corte Constitu-
cional de Colombia 175-177

justicia

- ordinaria 166, 169, 172
- transicional, antecedentes internacionales 169-173
- transicional, evolución del concepto 167-169

Ley 1820 de 2016 (de Amnistía e Indulto) 170

maximalismo carcelario 169

Olsen, Trisha 167-168, 170

ONU *véase* Organización de las Naciones Unidas

Organización de las Naciones Unidas 170, 172

Payne, Leigh A. 167-168, 170

penas o sanciones

- alternativas 173, 174-175
- carcelarias o privativas de libertad 173, 174, 175
- efectivas 175
- restaurativas 169, 171, 172
- retributivas 171

Reiter, Andrew G. 167-168, 170

responsabilidad de mando 175-176

Scharf, Michael P. 174

Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición 165, 171

SIVJRNR *véase* Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Re-
petición

Stahn, Carsten 174

Teitel, Ruti G. 166, 167, 168

tribunales

- ad hoc* 170
- híbridos 170

víctimas 165-166, 171, 172, 173, 174, 175

CAPÍTULO VI

Las compañías militares y de seguridad privada: ¿el fin de la responsabilidad estatal?

Mario Iván Urueña Sánchez (Colombia)

Introducción

La propagación del neoliberalismo desde potencias hegemónicas como el Reino Unido y Estados Unidos facilitó desde la fase final de la Guerra Fría la delegación de funciones estatales al sector privado. Empresas estratégicas pasaron a mano de particulares bajo la premisa de que la eficiencia estaría garantizada con el cumplimiento del gobierno corporativo.

Uno de los sectores cuya privatización ha causado mayor asombro es el de seguridad y defensa. Los preceptos de Adam Smith para preservar la seguridad y la administración de la justicia como los únicos ámbitos de dominio del Estado fueron revertidos por sus seguidores finalizando el siglo xx. La aparición de un nuevo actor, las compañías militares y de seguridad privada (CMSP)¹, manifiesta

1 Para Peter W. Singer, el negocio de la seguridad privada parte de su definición conocida como “punta de lanza”. Esta definición surge de la mayor o menor posibilidad de que el personal contratado se involucre en combate o en operaciones

la superación de la idea de la violencia como ejercicio monopólico del Estado. A pesar de no ser un fenómeno del todo novedoso, este nuevo actor del sistema internacional copó espacios que en los siglos anteriores habían sido destinados exclusivamente a los Estados. La disputa por el poder coactivo entre Estado y CMSP deja, pues, trastocado el tema de la responsabilidad del primero como instancia soberana. Todo esto lleva a preguntarse: ¿de qué manera la acción de las CMSP puede redefinir la responsabilidad estatal?

El objetivo del presente capítulo es observar la redefinición de la responsabilidad estatal a partir de la interacción del Estado con las CMSP. Para lograr este cometido, el texto se divide en dos partes. En la primera se describirán el auge, la consolidación y la decadencia de las CMSP angloamericanas; en la segunda, se discutirá la responsabilidad de los diferentes actores para contemplar alternativas de solución a este desafío.

de nivel táctico. Las CMSP son aquellas que se encuentran más cerca a la punta de la lanza, por cuanto su oferta de servicios incluye “asistencia táctica militar directa, incluido servir en combate” (Singer, 2006, p. 106).

De la construcción del estado del arte de esta tesis pueden extraerse tres elementos de definición sobre el carácter de estas compañías. En primera instancia, las CMSP entablan una relación de externalidad con respecto al teatro de operaciones en el que actúan (Ortiz, 2010, pp. 48-49; Machairas, 2014, p. 50). En segunda instancia, el contrato como unidad de análisis, de la que se desprenden un conjunto de servicios ofertados por las CMSP, como acciones de combate, asistencia y entrenamiento militar, logística, protección en seguridad comercial, análisis de riesgo, investigación y acopio en inteligencia, respuesta al secuestro (Shearer, 1998, pp. 25-26), manejo de armamento pesado y enrolamiento de soldados altamente entrenados (Bjoveit, 2008, pp. 25-29), reconstrucción (Ortiz, 2010, pp. 45-46), desminado (Brooks, 2000, p. 130) y uso de fuerza letal (Kinsey, 2003, p. 10). En tercera instancia, las CMSP tienen efectivamente una vocación táctico-estratégica de orden ofensivo que las diferencia de otro tipo de firmas de seguridad privada (Cano Linares, 2008, p. 61; Pattison, 2011, p. 147; Schreier y Caparini, 2005, p. 41; Laboire Iglesias, 2012, p. 76).

Auge, consolidación y decadencia de las CMSP

| 185 |

Las primeras CMSP surgieron como una iniciativa de oficiales y exoficiales británicos durante la segunda parte de la Guerra Fría. Firmas como WatchGuard International y Control Risks Group pueden ser identificadas como las primeras en su clase. Un caso que merece especial atención es el de Defence Services Limited, CMSP que fue fundada en 1981 y que después de ser adquirida por un conglomerado estadounidense en 1997 cambió su nombre a Armor Group; hoy tiene oficinas en 23 países y cuenta entre sus clientes a empresas privadas, ONG y Estados. Esta compañía ha desempeñado funciones tan diversas como proteger a personal de la ONU durante su misión en la antigua Yugoslavia, salvaguardar de ataques guerrilleros la infraestructura de la British Petroleum en Colombia o entrenar al cuerpo de policía en Basora, Irak (Avant, 2013, p. 429).

Aunque otros países del centro, tales como Canadá, Francia, Israel, Australia y Bélgica, se sumaron a la constitución de CMSP, fue en Estados Unidos donde esta industria se masificó. Con el estallido de la guerra del Golfo Pérsico en 1990, las fuerzas armadas estadounidenses desplegaron operaciones en pro de la estabilidad regional valiéndose de su superioridad técnica. El uso de equipos de alta tecnología, las demandas logísticas y otras labores fueron suplidas por diez CMSP (Kurlantzick, 2003, p. 17).

Dos de los frentes predilectos de acción para las CMSP estadounidenses en los años subsiguientes fueron el de protección a personalidades y el de asesoría y entrenamiento en operaciones policiales. Por un lado, la Oficina del Departamento de Estado para la Seguridad Diplomática optó por utilizar contratistas privados como personal especializado en seguridad (PSS). Esta oficina realizó su primer despliegue en septiembre de 1994, en la crisis haitiana. Pronto, otros países como Bosnia, Afganistán, Israel e Irak se sumaron como sitios de acogida de estas misiones. Por el otro lado, CMSP como Vinnell entrenaban a las fuerzas de seguridad saudíes (Dionisi, 2005, p. 90), al tiempo que en Colombia otras como DynCorp prestaban sus servicios en operaciones antinarcóticos, entre ellas aspersión aérea de cultivos ilícitos y acompañamiento a operaciones aéreas de interdicción policial (McCallion, 2005; Perret, 2013, pp. 52-53).

En la década de los noventa, las CMSP de las potencias en mención hicieron presencia en 42 países, con resultados diversos. Durante este lapso, dos tipos de compañía terminarían siendo utilizados como ejemplo del uso de CMSP, tanto para deslegitimarlo como para legitimarlo.

En el primer tipo se destacan la surafricana Executive Outcomes y la británica Sandline International, que se vieron comprometidas en los hechos ocurridos en Sierra Leona en 1995. La primera, por haber recibido del presidente Valentine Strasser pagos en diamantes para contener a los rebeldes del Frente Revolucionario Unido, y la segunda por desacatar el embargo armamentístico internacional impuesto al régimen de ese país. El llamado Sandline Affair de 1997 en Oceanía también evidenció las zonas grises en las que esta compañía actuaba, cuando medios australianos revelaron la intención del presidente de Papúa Nueva Guinea, Julius Chan, de usar a esta CMSP para resolver por la fuerza una revuelta civil en la región de Buganvilla (Adams, 2002; Krahmman, 2005, p. 247).

En cuando al segundo tipo, la participación de la estadounidense Military Professional Resources Incorporated (MPRI) en el conflicto de la antigua Yugoslavia a favor de las tropas croatas contra las serbias en la Operación Tormenta, que resultó decisiva para reencauzar la dinámica de las hostilidades y forzar a un acuerdo de paz, fue de buen recibo por la opinión pública y ayudó a reivindicar el prestigio de las CMSP. Además, la sólida estructura organizativa de MPRI y un gobierno corporativo más transparente les dieron un aire diferente a las CMSP, haciéndolas más cercanas a empresas transnacionales respetables que a los “perros de guerra” del pasado (Laboire Iglesias, 2012, pp. 102-103).

Mientras que los noventa fueron una época de auge para las CMSP, en la primera década del siglo XXI se debaten entre la consolidación y los excesos. En el gobierno de G. W. Bush, la desconcentración del sector de la defensa en las intervenciones en el extranjero se vio reflejada en la delegación acelerada de lo militar a lo civil. En la primera guerra del Golfo, la proporción entre personal militar y personal civil fue de 50 a 1, pero en las intervenciones de Afganistán (2001) e Irak (2003) la participación privada aumentó exponencial-

mente, hasta alcanzar la paridad entre ambos tipos de personal. En el punto más alto de la guerra de Irak se llegaron a utilizar 190.000 contratistas que trabajaban directamente para el gobierno estadounidense (Heinecken, 2014, p. 629). Este punto de inflexión conoció un pico entre 2005 y 2006, cuando el número de operadores privados aumentó en 92 % (Ellington, 2011, p. 142).

Las CMSP aumentaron su participación en el mercado al sumar el aseguramiento de infraestructura estratégica a las labores de protección de personal, entrenamiento y asesoría. En marzo de 2000, el Departamento de Estado puso en marcha el contrato del Servicio Mundial de Protección de Personal (WPPS). Este le fue adjudicado a DynCorp para proveer servicios de protección en Bosnia y Palestina en 2002, y para instalar el esquema de seguridad del presidente afgano Hamid Karzai en noviembre del mismo año. En 2004, Blackwater ganó la licitación para la protección del personal de la embajada estadounidense en Bagdad, y Triple Canopy, la de la oficina diplomática en Basora, también en Irak. Estas tres CMSP obtuvieron contratos para la segunda versión del WPPS cuyo valor estimado se tasó en 1.200 millones de dólares para la protección de personal por cinco años en varias ciudades de Irak, Israel, Bosnia y Afganistán (Isenberg, 2009, p. 30). Blackwater logró hacerse a los contratos más significativos de este servicio, como las escoltas del líder de la Autoridad Provisional de la Coalición, Paul Bremer, y del embajador estadounidense, John Negroponte.

A pesar de que las CMSP en mención fueron las más emblemáticas, hubo otras encargadas de tareas complementarias. Zapata Engineering celebró un contrato con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército estadounidense para administración de bodegas de almacenamiento de municiones y destrucción de minas. Aegis Defense Services se hizo a un contrato de 290 millones de dólares para la coordinación de contratistas civiles con el Ministerio del Interior iraquí, y CACI prestó apoyo de personal especializado en la gestión de interrogatorios en centros carcelarios como el de Abu Ghraib. También en Irak, CMSP británicas como Armor Group y Control Risks Group colaboraron con la salvaguarda y movilización de personal (Nicoll, 2007, p. 1).

En el continente americano, la guerra contra las drogas representó el afianzamiento de las CMSP en Colombia y su ingreso en México. Con la entrada en vigor del Plan Colombia en 2000 y de la Iniciativa Mérida en 2008, ambos países implementaron con Estados Unidos un acuerdo de lucha contra la producción y el tráfico de estupefacientes. A CMSP como DynCorp, MPRI, Northrop Grumman y Kellogg, Brown & Root les fueron delegadas tareas de fumigación de cultivos de coca, monitoreo por radar de tráfico de narcóticos y entrenamiento de las fuerzas de seguridad destinadas a estos fines (Perret, 2013, p. 57; McCallion, 2005, p. 320). En el caso colombiano, el fenómeno de las narcoguerrillas² favoreció una estrategia híbrida entre misiones de alta tecnología (vigilancia satelital o aérea) y de contrainsurgencia.

El aumento del protagonismo de las CMSP en la década del 2000 vino acompañado de los más álgidos cuestionamientos. Si bien acciones como la escolta de miembros de organizaciones internacionales y no gubernamentales ayudaron a limpiar su imagen (Avant, 2005, p. 156), múltiples situaciones ligadas a la vulneración de derechos humanos abrieron el interrogante acerca de su rol. La participación de tres empleados de CACI en prácticas de tortura contra los prisioneros de Abu Ghraib, en 2003; el tiroteo de personal de Blackwater en la plaza Nisur de Bagdad, en 2007³; el despido en mayo de 2001 de varios trabajadores de DynCorp por estar involucrados en actos de violación y prostitución infantil en Bosnia, y la participación directa de esta misma CMSP en hostilidades en Colombia son algunos

2 El término se refiere a la existencia de actividades de producción y tráfico de cocaína en lugares con influencia de los grupos guerrilleros colombianos. Estos se lucraban del negocio cobrando un impuesto de gramaje por la protección de los cultivos ilícitos, o incluso por su participación directa en el tráfico del estupefaciente.

3 El 16 de septiembre de 2007, en el centro de Bagdad, personal de Blackwater que se transportaba en un convoy abrió fuego contra civiles sin provocación aparente y asesinó a 17 de ellos.

ejemplos de los excesos perpetrados por estas compañías en dicho lapso (Kurlantzick, 2003, p. 18; Perret, 2013, p. 53; Nicoll, 2007, p. 1; Scahill, 2007, pp. 3-8; McCarron, 2008).

La deslegitimación de las CMSP en los años de Bush provocó una frustrada reacción de su sucesor. Con Barack Obama (2009-2017), el intento de lo político por retomar el control de lo militar condujo a resultados apenas en lo formal. La existencia de voluntad política para regular estas compañías se hizo patente cuando el Congreso emitió en 2009 una circular OMB (Office of Management and Budget) para establecer cuáles serían en esencia las funciones gubernamentales. De tal manera, se buscaba restringir el uso de contratistas privados en combate, en seguridad y en la dirección y control de operaciones de inteligencia. Sin embargo, la urgencia de este gobierno por constituir un enfoque unificado de acción desnudó las falencias del sistema de contratación del Departamento de Defensa, demostrando la conformidad de los mandos militares con el *statu quo* reinante (Bruneau, 2013, pp. 11-16).

Responsabilidad de los Estados y las CMSP

Aunque hasta el momento la discusión que presenta este capítulo se ha focalizado en las CMSP, su naturaleza y su intento de tipificación, es evidente que para el derecho internacional la responsabilidad también recae en el Estado. Por eso, este apartado observará cómo se aplica este concepto a esos dos actores y su interacción.

En un primer plano, dos inquietudes acaparan la preocupación acerca de la responsabilidad de las CMSP: la rendición de cuentas y la subjetividad jurídica internacional. Para la rendición de cuentas no existen una instancia especializada ni una normatividad puntual que obliguen a las CMSP a responder por su conducta. Como se ha visto, los instrumentos del derecho internacional que pretenden poner coto al comportamiento de estas compañías hacen parte de las fuentes blandas del derecho, por lo que su carácter vinculante es nulo. Además, el escaso conocimiento que tienen los grupos de presión sobre las actividades de estas compañías y las pocas bases para diagnosticar

la legalidad de sus actos hacen más difícil exigirles cuentas (Leander, 2010, p. 485). Desde el punto de vista político esto también es evidente, ya que las CMSP no han sido fuertemente controladas por los países a los que pertenecen, en su mayoría grandes potencias. Esto puede explicarse en la medida en que ellas responden a los intereses hegemónicos de sus países y apoyan las políticas que estos adelantan en los países donde operan (Adams, 2002, p. 64).

En cuanto a la subjetividad, su condición de personas jurídicas les ha facilitado a las CMSP evadir la acción de la justicia internacional. Teniendo en cuenta que un sujeto del derecho internacional es aquel que tiene derechos y deberes en este marco normativo –como por ejemplo los Estados y los individuos–, las empresas transnacionales, entre ellas las CMSP, son concebidas más bien como actores. Esto hace que ante los tribunales internacionales pueda llamarse a las personas que trabajan en las CMSP, pero no a las CMSP en sí. Por tanto, tampoco a este respecto es posible que los mecanismos del derecho internacional público persigan y sancionen a estas organizaciones por su capacidad corporativa (Rousseau, 2014; Huskey, 2012, p. 203; Barnes, 2013).

Ante el poco éxito en la búsqueda de responsabilidad por el lado de las CMSP, no parece existir otra opción que la de indagar qué ocurre del lado del Estado. En la visión tradicional del derecho internacional, la responsabilidad del Estado parte de dos ejes de análisis: 1) las pérdidas y daños sufridos y 2) la responsabilidad frente a la seguridad de otros Estados (Kinsey, 2003, p. 10). Esto pone de presente que serían dos los tipos de Estados que incurren en responsabilidad por no controlar efectivamente la actuación de las CMSP: aquellos de donde proviene su personería jurídica y aquellos donde operan.

En ambos casos, la ambigüedad jurídica que rodea a las CMSP es un factor del cual los Estados terminan sacando provecho y gracias al cual evaden su responsabilidad. Los países de donde provienen estas compañías son usualmente grandes potencias con intereses económicos y políticos claros en los lugares donde ellas operan. Para ellos, delegar en firmas privadas un asunto tan sensible como la búsqueda de seguridad en territorios inestables es una oportunidad para obtener ganancias relativas importantes sin caer en el desprestigio de

ser acusados de prácticas imperialistas y sin sacrificar sus tropas regulares. Para los Estados receptores, o más bien para sus elites, las CMSP se presentan como una oportunidad valiosa para conjurar fuerzas desestabilizadoras que ponen en riesgo sus procesos de acumulación económica y control social. De esa manera pueden entenderse actitudes conjuntas de unos y otros en fracasos como el intento de ratificar en 2001 la Convención contra el reclutamiento de 1989 (Adams, 2002, p. 62).

Un tercer frente de preocupación, y tal vez el más complejo de todos, surge cuando se habla de la combinación del poder militar y el poder corporativo. El monopolio de la violencia por parte del Estado y el control democrático de la defensa son dos preceptos inherentes a la modernidad (Machairas, 2014, p. 50). Sin embargo, el uso de las CMSP por otros actores legales e ilegales, por gobiernos altamente impopulares e incluso ilegítimos, y por Estados intervencionistas pueden terminar por socavar el panorama de los derechos humanos en los países afectados. Algo que no es improbable debido a que la mayoría de los teatros de operaciones de las CMSP se caracterizan por su fragilidad institucional y humanitaria. Dawn Rothe y Jeffrey Ross advierten sobre esta potencial complicidad, a la que se refieren con el concepto de *crímenes Estado-corporativos*, los cuales se pueden definir así:

[L]a acción ilegal o socialmente perjudicial que resulta como producto colectivo de la interacción entre [...] corporación y la agencia del Estado [...]. [Esta] involucra la activa participación de dos o más organizaciones, en donde una es privada y la otra es pública. Es el resultado dañino de la relación interorganizacional entre los negocios y el gobierno (2010, p. 599).

Para finalizar, se puede decir que la responsabilidad de las CMSP y de los Estados refleja la asimetría misma del sistema internacional, donde las grandes potencias utilizan a sus empresas transnacionales como mecanismos extensivos de su política exterior, más con el fin de preservar sus intereses hegemónicos que con el de velar por la

seguridad internacional. El derecho internacional y su aparente incapacidad completan el cuadro, al diluir o hacer ambiguo cualquier intento de hacer responsables a los perpetradores de crímenes contra la humanidad.

Conclusión

Este capítulo se focalizó en el auge y la decadencia de las CMSP, en particular las angloamericanas, en asuntos de seguridad internacional, especialmente en los países de la periferia. La vulneración de los derechos humanos y la posibilidad de poner en riesgo a las poblaciones invocan el establecimiento de una responsabilidad de entidades soberanas. Sin embargo, las zonas grises con las que cuentan las CMSP, como actores transnacionales patrocinados por los intereses hegemónicos de las grandes potencias, dificultan esta labor y obligan a la búsqueda de nuevas alternativas para la determinación de responsabilidades en el derecho internacional contemporáneo.

El llamado que se hace desde aquí es a entablar un diálogo entre la disciplina del derecho internacional y otros saberes ligados al estudio de las relaciones internacionales para contar con una mirada dinámica y holística de las realidades actuales y de los mecanismos que deben utilizarse para preservar la dignidad humana.

Referencias

- Adams, T. K. (2002). Private Military Companies: Mercenaries of the 21st Century. *Small Wars and Insurgencies*, 13, 2, 54-67.
- Avant, D. (2005). *The Market for Force*. Nueva York: Cambridge University Press.
- . (2013). Private Security. En: P. D. Williams (ed.), *Security Studies* (pp. 425-438). Nueva York: Routledge.

- Barnes, D. M. (2013). Should Private Security Companies Be Employed for Counterinsurgency Operations? *Journal of Military Ethics*, 12, 3, 201-224.
- Bjoveit, P. (2008). *Treath or Asset? How Private Security Companies and Private Military Companies affect the US Monopoly on Legitimate Force*. Oslo: Universitetet i Oslo.
- Brooks, D. (2000). Messiahs or Mercenaries? The Future of International Private Military Services. *International Peacekeeping*, 7, 4, 129-144.
- Bruneau, T. C. (2013). Contracting out Security. *Journal of Strategic Studies*, 36, 5, 638-665.
- Cano Linares, M. Á. (2008). El derecho internacional humanitario frente al uso de la fuerza como actividad empresarial: ¿el fin de un monopolio? *Anuario Derecho*, xxiv, 47-77.
- Dionisi, D. J. (2005). *American Hiroshima: The Reasons Why and a Call to Strengthen America's Democracy*. Victoria: Trafford Publishing.
- Ellington, S. (2011). The Rise of Battlefield Private Contractors. *Public Integrity*, 13, 2, 131-148.
- Heinecken, L. (2014). Outsourcing Public Security: The Unforeseen Consequences for the Military Profession. *Armed Forces & Society*, 40, 4, 625-646.
- Huskey, K. A. (2012). Accountability for Private Military and Security Contractors in the International Legal Regime. *Criminal Justice Ethics*, 31, 3, 193-212.
- Isenberg, D. (2009). *Shadow Force: Private Security Contractors in Iraq*. Westport: Praeger Security International.
- Kinsey, C. (2003). Le droit international et le contrôle des mercenaires et des compagnies militaires privées. *Culture & Conflicts*, 52, 91-116.
- Krahmann, E. (2005). Security Governance and the Private Military Industry in Europe and North America. *Conflict, Security and Development*, 5, 2, 247-268.
- Kurlantzick, J. (2003). Outsourcing the Dirty Work: The Military and its Reliance on Hired Guns. *The American Prospect*, 17-19.

- Laboire Iglesias, M. (2012). *La privatización de la seguridad: las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*. España: Secretaría Técnica General, Ministerio de Defensa.
- Leander, A. (2010). The Paradoxical Impunity of Private Military Companies: Authority and Limits to Legal Accountability. *Security Dialogue*, 41, 5, 467-490.
- Machairas, D. (2014). The Ethical Implications of the Use of Private Military Force: Regulatable or Irreconcilable? *Journal of Military Ethics*, 13, 1, 49-69.
- McCallion, K. (2005). War for Sale! Battlefield Contractors in Latin America & the 'Corporatization' of America's War on Drugs. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 36, 2/3, 317-353.
- McCarron, P. B. (2008). The Long Arm of the Law: The Military Extraterritorial Jurisdiction Act. *Corrections Today*, 70, 6, 38-55.
- Nicoll, A. (2007). Contractors in War: Blackwater Case will Test Regulation. *IJSS Strategic Comments*, 13, 9, 1-3.
- Ortiz, C. (2010). *Private Armed Forces and Global Security*. Santa Barbara: Praeger.
- Pattison, J. (2011). The Legitimacy of the Military, Private Military and Security Companies, and Just War. *European Journal of Political Theory*, 11, 2, 131-154.
- Perret, A. (2013). Privatization of the War on Drugs in Mexico and Colombia: Limiting the Application of Humanitarian Law and Endangering Human Rights. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, 7, 1, 45-67.
- Rothe, D. L. y Ross, J. I. (2010). Private Military Contractors, Crime and the Terrain of Unaccountability. *Justice Quarterly*, 27, 4, 593-617.
- Rousseau, E. (2014). International Law and Private Military Companies: A Search for Clarity. *Journal of Intervention and Statebuilding*, 8, 1, 99-104.
- Scahill, J. (2007). *Blackwater: The Rise of the World's most Powerful Mercenary Army*. Nueva York: Nation Books.

- Schreier, F. y Caparini, M. (2005). *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*. Ginebra: Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces.
- Shearer, D. (1998). The Expansion of the Private Military Sector. *The Adelphi Papers*, 38, 316, 23-37.
- Singer, P. W. (2006). Humanitarian Principles, Private Military Agents: Implications of the Privatized Military Industry for the Humanitarian Community. *Brown Journal of World Affairs*, 13, 1, 105-121.

Índice analítico y onomástico

| 196 |

- Abu Ghraib 187, 188
- Aegis Defense Services 187
- Armor Group 185, 187
- Blackwater 187, 188
- Bremer, Paul 187
- British Petroleum 185
- Bush, George Walker 186-187, 189
- CACI 187, 188
- Chan, Julius 186
- CMSP *véase* compañías militares y de seguridad privada
- compañías militares y de seguridad privada
 - ambigüedad jurídica 190
 - características 183-184
 - en Afganistán 185, 186-187
 - en Bosnia 185, 187, 188
 - en Colombia 187, 188-189
 - en Israel 185, 187
 - en Irak 185, 186-187
 - en México 188
 - en Palestina 187
 - en Papúa Nueva Guinea 186
 - en Sierra Leona 186
 - en Yugoslavia 185, 186
 - historia 185-189
 - rendición de cuentas 189-190
 - responsabilidad ante el derecho internacional 189-190
 - subjektividad jurídica 189-190
 - y guerra contra las drogas 188
 - y violación de los derechos humanos 188-189, 191
- Congreso de Estados Unidos 189
- Control Risks Group 185, 187
- Convención contra el reclutamiento 191
- crímenes Estado-corporativos 191
- Defence Services Limited 185

Departamento de Estado de Estados Unidos 185, 187
Departamento de Defensa de Estados Unidos 189
DynCorp 185, 187, 188
Estado
 monopolio de la violencia 183-184, 191
 responsabilidad ante el derecho internacional 189-192
Executive Outcomes 186
Frente Revolucionario Unido 186
Golfo, guerra del 185, 186-187
Iniciativa Mérida 188
Karzai, Hamid 187
Kellogg, Brown & Root 188
Military Professional Resources Incorporated 186, 188
MPRI *véase* Military Professional Resources Incorporated
narcoguerrillas 188
Negroponte, John 187
Northrop Grumann 188
Obama, Barack 189
Oficina del Departamento de Estado para la Seguridad Diplomática 185
ONU *véase* Organización de las Naciones Unidas
Operación Tormenta 186
Organización de las Naciones Unidas 185
Plan Colombia 188
Ross, Jeffrey Ian 191
Rothe, Dawn L. 191
Sandline International 186
Servicio Mundial de Protección de Personal 187
Singer, Peter W. 183-185
Smith, Adam 183
Strasser, Valentine 186
Triple Canopy 187
Vinnell 181
WatchGuard International 185
WPFS *véase* Servicio Mundial de Protección de Personal
Zapata Engineering 187

CAPÍTULO VII

Parámetros y desafíos del ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional ante situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Sebastián Correa Cruz (Colombia)

Introducción

En las primeras aproximaciones al derecho internacional penal se concebía que la creación de un tribunal internacional significaba que no existiera la necesidad de que se activara su jurisdicción, toda vez que el objetivo de la judicialización estaba definido por disposiciones legales previas¹. En la Corte Penal Internacional (CPI) la situación es la contraria: el punto central de las

1 Al Tribunal Militar Internacional de Núremberg se le otorgó el mandato de “judicializar a los máximos criminales de guerra de las fuerzas del Eje Europeo”, por lo que residía en el fiscal la individualización de los acusados. De manera semejante, los fiscales del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY), del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) y del Tribunal

investigaciones no está predeterminado, como ha sido el caso de los tribunales *ad hoc* (Olasolo, 2005).

| 200 |

Ahora bien, el Estatuto de Roma consagra en sus artículos 13, 14, 15, 18 y 53 las modalidades procedimentales a través de las que se inicia la investigación, correspondientes a la remisión de una situación por un Estado miembro del Estatuto, a la autoridad del Fiscal de iniciar una investigación por oficio (*proprio motu*), o a la remisión del Consejo de Seguridad, en concordancia con el artículo 13(b) del mismo Estatuto. A la fecha, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha remitido a la CPI dos situaciones de Estados No Partes del Estatuto de Roma: Sudán y Libia (véase CPI, *Situation and Cases*).

El 31 de marzo de 2005 la situación de Darfur, Sudán, fue referida a la CPI mediante la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad de la ONU, por considerarla “una amenaza a la paz y la seguridad internacionales” (ONU, 2005b)². Luego de examinar con cuidado miles de documentos provenientes de gran variedad de fuentes y de entrevistar a más de 50 expertos independientes, el 6 de junio de 2005 el Fiscal de la CPI abrió oficialmente su investigación sobre la situación de Darfur³.

La investigación formal sobre la situación en Libia fue abierta por la Fiscalía de la CPI el 3 de marzo de 2011, tras un examen preliminar de la información disponible. Este se produjo después de que

Especial para Sierra Leona (scsl) son libres de identificar a los acusados. Cuando se crearon estos tribunales, el Consejo de Seguridad de la ONU consideró que la discreción de los fiscales no era riesgosa porque la jurisdicción de las nuevas instituciones se limitaba a los crímenes cometidos en aquellos Estados, en el entendido de que las resoluciones que las crearon constituían la forma de activar su jurisdicción. (Véase Schabas, 2007, p. 141.)

2 Véase Coalición por la Corte Penal Internacional, <http://www.iccnw.org/?mod=darfur&clang=es>.

3 Véase Coalición por la Corte Penal Internacional, <http://www.iccnw.org/?mod=darfur&clang=es>.

el Consejo de Seguridad de la ONU adoptase en febrero la Resolución 1970, en la que se refirió a la situación de ese Estado No Parte del Estatuto de Roma (ONU, 2011)⁴. Fue la segunda remisión de una situación a la CPI por el Consejo de Seguridad, de acuerdo con el capítulo VII de la Carta de la ONU.

El presente escrito expone una visión panorámica sobre la obligación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de remitir situaciones a la CPI y los parámetros legales del ejercicio de la competencia del tribunal penal en relación con el Consejo de Seguridad, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de la ONU. También se muestran sus desafíos, para concluir con el planteamiento de mecanismos que permitan hacer seguimiento a las remisiones del Consejo de Seguridad a la CPI.

La facultad del Consejo de Seguridad de remitir situaciones a la CPI

En primer lugar, es pertinente analizar la existencia o inexistencia de una obligación legal para el Consejo de Seguridad de remitir a la CPI aquellas situaciones en las que se puedan estar cometiendo crímenes graves de trascendencia para la comunidad internacional.

Es importante señalar que el Estatuto de Roma no impone de forma expresa esta obligación al Consejo de Seguridad: la autoridad del órgano de las Naciones Unidas debe ser evaluada sobre la base del capítulo VII de la Carta de San Francisco (ONU, 1945). La base discrecional del capítulo VII encuentra sus límites en las restricciones contempladas en los artículos 1(1) y 24 de la Carta, según los cuales el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo

4 Véase Coalición por la Corte Penal Internacional, <http://www.iccnw.org/?mod=libya>.

para el desempeño de sus funciones quedan definidos en los capítulos VI, VII, VIII y XII⁵.

Visto de otra manera, el Estatuto de Roma se limita a instruir al Fiscal de la CPI y a sus jueces el curso de acción ante la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad (Trahan, 2013). Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas solo le otorga al Consejo de Seguridad facultades con relación a los Estados miembros, lo cual implica que el Estatuto de Roma no puede exigir acción alguna del Consejo de Seguridad vis-à-vis la CPI, porque esta atribución u obligación no está contemplada en la Carta de San Francisco⁶.

Igualmente, es necesario destacar que la Carta de las Naciones Unidas no consagra un mandato expreso de actuar ante la existencia de crímenes internacionales, solo se limita a sugerirlo (Trahan, 2013, p. 425). El artículo 1.3 predica que uno de los principios y propósitos de la ONU es “realizar el estímulo del respeto a los derechos humanos”. En este contexto, es preciso notar que aunque según el artículo 39 “el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, lo que constituye la base para la activación del capítulo VII, esto no significa que el Consejo de Seguridad sea responsable o tenga la obligación expre-

5 En ese sentido, podría considerarse que una decisión del Consejo de Seguridad que viole las disposiciones de la Carta no es vinculante para los miembros de las Naciones Unidas, porque estos convienen en cumplir las decisiones del Consejo de acuerdo con la Carta (art. 25). Esta posición puede complementarse con la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (28 de mayo de 1948) sobre las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas, según la cual “el carácter político de un órgano no puede sustraerle al cumplimiento de las normas convencionales que lo regulan cuando estas constituyen límites a su poder o criterios para su juicio”. (Véase Stahn, 2003, p. 97.)

6 Sobre este asunto, Jain (2005, p. 253) explica que una organización internacional como la CPI cuenta con una personalidad jurídica distinta a la de los Estados miembros. Bajo el artículo 25 de la Carta de la ONU, las resoluciones de carácter vinculante del Consejo de Seguridad solo crean obligaciones para los Estados, no para las organizaciones internacionales constituidas por ellos.

sa de actuar, bajo su tratado constitutivo, ante atrocidades masivas o crímenes internacionales, porque las provisiones específicas de los artículos 40, 41 y 42 reflejan que no existe una obligación de *facere*⁷.

En este orden de ideas, a pesar de que la Carta permite entretener en sus artículos 24(1) y 24(2) que el Consejo debería actuar ante situaciones que signifiquen una amenaza a la paz, su quebrantamiento, o actos de agresión⁸, las provisiones específicas de los artículos 40, 41 y 42 reflejan que el Consejo tiene la facultad, no la obligación, de tomar medidas ante estas situaciones (Trahan, 2013, p. 426).

El concepto de “responsabilidad de proteger” y la función de la CPI en la prevención de los crímenes internacionales

En principio la doctrina de la intervención humanitaria, formulada por primera vez por Hersch Lauterpacht al término de la Segunda

7 Esta facultad no obligatoria del Consejo se evidencia en el empleo de la expresión “podrá” en los artículos 40, 41 y 42. Artículo 40: “A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el Artículo 39, *podrá* instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables”. Artículo 41: “El Consejo de Seguridad *podrá* decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y *podrá* instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas”. Artículo 42: “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, *podrá* ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”. (Véase Trahan, 2013, pp. 417-426.)

8 En su artículo 24(1), la Carta de San Francisco consagra que los Estados miembros le “confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”, y en el artículo 24(2), se establece que para el “desempeño de estas funciones [refiriéndose a la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales], el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”.

Guerra Mundial, justifica el derecho a la intervención armada en un Estado que no tiene la disposición o la capacidad para proteger a su propia población de delitos atroces. Según sus seguidores, la intervención humanitaria de las Naciones Unidas o de terceros Estados con la autorización, o incluso sin ella, de las Naciones Unidas, estaría conforme con los principios de soberanía e integridad territorial recogidos en la Carta. Como estos principios se dirigirían a proteger a los ciudadanos de los Estados, y no a los Estados en cuanto entidades, no podrían aplicarse a favor de aquellos Estados que, o bien cometen ellos mismos delitos atroces, o bien no son capaces de prevenirlos (Olasolo, 2010).

A pesar de lo anterior, la doctrina de la intervención humanitaria ha sido abandonada de manera progresiva en la última década por varias razones. En primer lugar, no ha sido capaz de ofrecer criterios precisos para definir las circunstancias que darían lugar al derecho de intervención armada. En segundo lugar, no ha recibido un apoyo amplio porque muchos consideran que la prohibición de uso de la fuerza contenida en la Carta de la ONU no admite excepciones en casos de intervención humanitaria. En tercer lugar, como el concepto de *intervención humanitaria* se limita a ofrecer un mecanismo de reacción frente a situaciones en las que ya se han cometido delitos atroces, presenta a los Estados dos opciones igualmente indeseables: 1) permanecer impasibles y 2) enviar unidades militares para proteger a la población amenazada (Olasolo, 2010).

Bajo esta línea argumentativa, el profesor Olasolo explica que ante el declive de la doctrina de la intervención humanitaria, y las limitaciones estructurales de las instituciones judiciales *ex post facto*, era necesario identificar nuevos mecanismos para la prevención de delitos atroces. El concepto de *responsabilidad de proteger*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Cumbre Mundial de 2005, reafirmado por el Consejo de Seguridad en 2006 y desarrollado por el Secretario General en 2009, pretende cumplir esta función.

La responsabilidad de proteger se deriva del documento final de la Cumbre Mundial de 2005, según el cual:

Cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana. (ONU, 2005a)

Así, el concepto de *responsabilidad de proteger* se aplica conforme a un principio de complementariedad con tres pilares bien definidos. Conforme al primer pilar, aquellos Estados cuyas poblaciones se encuentran en peligro tienen la responsabilidad principal de protegerlas frente a la instigación y la comisión de delitos atroces⁹. Cuando, debido a su falta de capacidad o control territorial, los Estados afectados no pueden proporcionar esa protección, terceros Estados y la comunidad internacional en su conjunto deben asistirlos, en aplicación del segundo pilar¹⁰. Finalmente, en aquellos casos en los que las

9 En cuanto al primer pilar –las responsabilidades de proteger que incumben al Estado–, la Asesora Especial sobre la Responsabilidad de Proteger ha elaborado un compendio de prácticas, sobre la base de las aportaciones recibidas por los Estados miembros de la ONU, las organizaciones regionales y la sociedad civil. Dentro de ellas se resalta la necesidad de fomentar la participación en los principales instrumentos jurídicos, como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, los protocolos adicionales I y II de los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la CPI. También sobresalen la necesidad de crear resiliencia a nivel nacional para prevenir la comisión de crímenes atroces y la necesidad de ampliar el número de coordinadores nacionales y apoyarlos. (Véase el informe A/60/981-S/2015/500 de la Secretaría General de la ONU.)

10 En cuanto al segundo pilar –asistencia internacional y fomento de la capacidad–, la Asesora Especial sobre la Responsabilidad de Proteger ha elaborado

medidas de asistencia sean ineficaces por falta de disposición de la clase dirigente nacional o por existencia de graves problemas de capacidad, la responsabilidad se traslada a la comunidad internacional, que debe adoptar medidas rápidas y eficaces en aplicación del tercer pilar. Este incluiría, en circunstancias excepcionales, la intervención armada¹¹.

En conexidad con el tema *sub examine*, Bassiouni (según Olsolo, 2010) ha afirmado que la CPI representa un nuevo modelo de persecución y enjuiciamiento de delitos atroces porque: 1) ha sido creada por los Estados Partes a través de un tratado internacional; 2) constituye una organización internacional independiente con carácter permanente; y 3) no es parte de la estrategia de las Naciones Unidas para hacer frente a situaciones de posconflicto. En este orden de ideas, es posible evidenciar una clara conexión entre el concepto de *responsabilidad de proteger* y el mandato de la CPI: ambos se centran en situaciones futuras de delitos atroces y tienen como fundamento de actuación la responsabilidad principal de los Estados afectados. Sin embargo, es importante señalar que el mandato preventivo de la CPI tiene una segunda dimensión, consistente en la intervención oportuna en situaciones en las que existan amenazas concretas de

un compendio de prácticas, sobre la base de las aportaciones recibidas por los Estados miembros de la ONU, las organizaciones regionales y la sociedad civil. Dentro de ellas se alienta a los Estados al cumplimiento de la asistencia internacional, el fomento de la capacidad de los Estados y la asistencia en materia de protección. (Véase el informe A/60/981-S/2015/500 de la Secretaría General de la ONU.)

- 11 En cuanto al tercer pilar –respuesta oportuna y decisiva–, la Asesora Especial sobre la Responsabilidad de Proteger ha elaborado un compendio de prácticas, sobre la base de las aportaciones recibidas por los Estados miembros de la ONU, las organizaciones regionales y la sociedad civil. Se enfatiza en que los medios militares son necesarios y que los mandatos deben ser claros en cuanto a sus objetivos, duración prevista y procedimientos para examinar los progresos logrados.

futuros delitos atroces, o en las que este tipo de delitos ya se estén cometiendo¹².

Cabe resaltar que el concepto de *responsabilidad de proteger* pone su acento en la prevención mediante una intervención rápida y efectiva. La segunda dimensión del mandato preventivo de la CPI, consistente en su intervención oportuna, puede contribuir significativamente al cumplimiento de la responsabilidad asumida por la comunidad internacional conforme a los pilares segundo y tercero de dicho concepto (Olasolo, 2010).

Para profundizar en el marco jurídico de la función preventiva de la Corte Penal Internacional, el profesor Olasolo señala:

El artículo 25 del Estatuto de la CPI recoge la figura de la tentativa en relación con todos los delitos atroces (de manera que se encuentra limitada al delito de genocidio), entendiéndolo como tal la realización de “actos que supongan un paso importante para su ejecución”. Si bien esta definición de la tentativa requiere algo más que el mero planeamiento, el problema que plantea es el de dónde establecer la frontera entre actos meramente preparatorios y conductas que constituyan realmente un “paso importante” para la ejecución de delitos atroces¹³.

12 Esta segunda dimensión es principalmente desarrollada por el Fiscal de la CPI a través de sus investigaciones preliminares e investigaciones, y puede cubrir un amplio abanico de situaciones, tal y como lo demuestran las 9.000 comunicaciones recibidas hasta la fecha por el Fiscal –provenientes de personas y organizaciones residentes en más de 140 Estados– y la variedad de ubicaciones geográficas en las que se han llevado a cabo exámenes preliminares e investigaciones desde 2003: Afganistán, Colombia, Costa de Marfil, Darfur, Georgia, Guinea, Irak, Kenia, Palestina, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Uganda y Venezuela. (Véase Olasolo, 2010, p. 110.)

13 Olasolo explica que ni el Estatuto de la CPI ni la jurisprudencia de los tribunales internacionales ofrecen criterios al respecto. Algunos sistemas nacionales, como el alemán, han adoptado un enfoque más restrictivo y requieren un movimiento

Tomando en cuenta el artículo 25 del Estatuto, si la jurisprudencia de la CPI adoptase una concepción menos restrictiva de la figura de la tentativa, esta podría ser de aplicación en situaciones como la ocurrida en Ruanda: durante 16 meses consecutivos, comenzando en 1993, más de medio millón de machetes fueron importados y distribuidos, junto con armas de fuego y granadas, bajo el disfraz de un pretendido programa de defensa nacional (Olasolo, 2010). Sin embargo, es preciso destacar en este aspecto la celeridad de una acción preventiva bajo la figura de la tentativa en el Estatuto de Roma, en la medida en que sería necesario revisar la información disponible sobre *inter alia*: 1) la admisibilidad de la situación de que se trate, debido a la inacción, falta de disposición o falta de capacidad de las autoridades nacionales del Estado afectado y a la gravedad de la violencia; y 2) la posible existencia de razones sustanciales para creer que la apertura de una investigación no redundaría en interés de la justicia (p. 112).

Aparte de considerar una posible función preventiva de la CPI en concordancia con la doctrina desarrollada por la responsabilidad de proteger, es preciso hacer hincapié en el aumento de la presión política de la membresía de las Naciones Unidas sobre los miembros del Consejo de Seguridad para que se tomen acciones prontas y reales ante las situaciones que pueden atentar contra la paz y la seguridad internacional. Han de considerarse iniciativas complementarias a la responsabilidad de proteger, como la Declaración política sobre la suspensión del veto en casos de atrocidades en masa, presentada por Francia y México, y el Código de conducta sobre la acción del Consejo de Seguridad en contra del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, presentado por el grupo Responsabilidad, Coherencia y Transparencia (ACT, por sus iniciales en inglés). Estas propuestas buscan que los cinco miembros perma-

directo hacia la consumación del delito. Otros, como el de Estados Unidos, favorecen una concepción más amplia, conforme a la cual conductas como la posesión, obtención o fabricación del instrumento del delito, o el seguimiento de la víctima serían suficientes para incurrir en responsabilidad penal por tentativa. (Véase Olasolo, 2010.)

nentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Francia, Estados Unidos, Reino Unido, China y Rusia) no veten resoluciones del Consejo en casos de atrocidades en masa, tales como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, con el fin de evitar que ese veto paralice la acción del Consejo. En otras palabras, se pretende generar compromisos políticos y obligaciones morales para que el Consejo de Seguridad no utilice su facultad de veto y para que exista una actuación real ante los crímenes internacionales, dentro de la cual se podría concebir el aumento de las remisiones de situaciones a la CPI para prevenir y poner fin a estos crímenes¹⁴.

Parámetros para la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad

El artículo 13(b) del Estatuto de Roma consagra la provisión estatutaria para la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad de la ONU a la CPI:

ARTÍCULO 13 – EJERCICIO DE LA COMPETENCIA

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes [...].

Autores como Trahan exponen que ante este artículo es preciso resaltar tres aspectos: 1) en términos del umbral de la acción, el Consejo de Seguridad podrá actuar cuando “parezcan haberse cometido los

14 Véase Kroenert (2015).

crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”; 2) al hacer la remisión, el Consejo de Seguridad deberá “actuar con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”; y 3) aun cuando estas dos condiciones se cumplan, la independencia de la CPI queda preservada, en la medida en que “podrá ejercer su competencia”, es decir, no está obligada a ejercerla (2013, p. 420).

El umbral de los crímenes para la acción del Consejo de Seguridad

Una lectura inicial del artículo 13(b) del Estatuto de Roma permite entrever que existe un umbral relativamente bajo para la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad a la CPI, lo cual llevaría a pensar que un asesinato en un contexto determinado puede constituir un crimen de lesa humanidad y ser objeto de remisión al tribunal internacional. Esto ha quedado en evidencia en el caso Nahimana, Barayagwiza y Ngeze del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), en el que la Sala de Apelaciones concluyó que un crimen no requiere una multiplicidad de víctimas para constituirse en crimen de lesa humanidad: un acto dirigido en contra de un número limitado de víctimas, o de una sola, puede constituir un crimen de lesa humanidad si forma parte de un ataque generalizado y sistemático en contra de la población civil¹⁵. Por su parte, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (ICTY) consideró en el caso Deronjic, y la Sala de Juicio hizo lo propio en los casos Simic, Tadic y Zari, que en las condiciones necesarias, un acto o un número limitado de actos del acusado pueden calificarse como crímenes de lesa humanidad, a menos que se hayan presentado de forma aislada o al azar (Trahan, 2006, pp. 216-217).

15 De manera semejante, la Sala de Juicio del ICTR determinó en el caso Seromba que un asesinato puede constituirse en crimen de lesa humanidad si es perpetrado en el contexto de un ataque generalizado o sistemático. (Véase Trahan, 2010, p. 90.)

Conforme a la estructura bipartita del delito adoptada por el derecho internacional penal, las conductas que dan lugar a responsabilidad penal tienen un doble aspecto: el objetivo o externo (denominado *actus reus*) y el subjetivo o interno (denominado *mens rea*) (Olasolo, 2013, p. 130). El aspecto objetivo de las conductas está a su vez formado por dos tipos de elementos: específicos y contextuales. Por elementos específicos se entienden aquellas conductas individuales que configuran el delito, mientras que los contextuales son aquellas circunstancias generales (denominadas por algunos autores “hecho general”) en el marco de las cuales tienen que desarrollarse las acciones u omisiones individuales constitutivas de los elementos específicos del delito (Werle, 2010, p. 246).

Bajo esta línea argumentativa, es preciso observar que el genocidio es un crimen de larga escala que requiere la comisión de los actos mencionados en el Estatuto de Roma con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal¹⁶. No obstante, para que una conducta constituya crimen de lesa humanidad, debe presentarse como un ataque dirigido contra

16 El ICTY y el ICTR han interpretado la expresión “total o parcialmente” como una “parte substancial” del grupo víctima de los actos de genocidio. En el caso Krstic, la Sala de Apelaciones (19 de abril de 2004, párs. 8-9) determinó que “cuando una condena por genocidio se basa en la intención de destruir un grupo protegido ‘en parte’, la parte debe ser una parte importante de ese grupo, entendiendo que el objetivo de la Convención sobre el genocidio es evitar la destrucción intencional de grupos humanos enteros, y la parte afectada debe ser suficientemente significativa para tener un impacto en el grupo en su conjunto”. Esta cuestión también ha sido considerada por la Sala de Primera Instancia del ICTR, en el caso Kayishema. Concluyó, después de haber sondeado a las autoridades que interpretan la Convención sobre el genocidio, que el término “en parte” requiere la intención de destruir a un número considerable de personas que forman parte del grupo. Esta definición fue aceptada y refinada por la Sala de Primera Instancia en Bagilishema y Semanza, la cual declaró que la intención de destruir debe ser, al menos, la intención de destruir una parte sustancial del grupo. (Véase Trahan, 2006, pp. 158-163.)

una población civil, de carácter generalizado o sistemático, llevado a cabo según una política de un Estado o una organización, del que forman parte los hechos imputados, los cuales fueron llevados a cabo con conocimiento de dicho ataque. Por su parte, un crimen de guerra se configura si la conducta ha tenido lugar en el contexto de un conflicto armado y se encuentra relacionado con este¹⁷.

Además, el preámbulo del Estatuto de Roma clarifica que la CPI conocerá de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Esto permite concluir que el umbral para la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad a la CPI responde a los crímenes internacionales o a los de mayor trascendencia para la comunidad internacional que son de su competencia *rationae materiae* (Trahan, 2013).

Disposiciones del capítulo VII de la Carta de la ONU

El segundo requisito para la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad a la CPI es la actuación del Consejo bajo el capítulo

17 Los criterios para analizar estas cuestiones se recogen en los artículos 7(1), 7(2) (a) y 8(1) del Estatuto de Roma, al igual que en las sentencias de primera instancia en los casos contra Mathieu Ngudjolo Chi, caso *Kony et al.*, doc. icc-02/04-01/05-53, párrs. 40-42; caso *Harun y Kushayb*, doc. icc-02/05-01/07-1-Corr, párrs. 61-67; caso *Ngudjolo*, doc. icc-01/04-02/07-3, párr. 33-36; caso *Katanga*, doc. icc-01/04-01/07-4, párr. 32-35; caso *Bemba*, doc. icc-01/05-01/08-14, párr. 32-36; caso *Katanga y Ngudjolo*, doc. icc-01/04-01/07-717, párr. 390-402; caso *Al Bashir*, doc. icc-02/05-01/09-3, párr. 80-88; caso *Bemba*, doc. icc-01/05-01/08-424, párr. 75-88 y 151; situación en *Kenia*, doc. icc-01/09-19, párr. 77-98; situación en *Costa de Marfil*, doc. icc-02/11-14-Corr, párr. 32-33, 46 y 53-54; caso *Mbarushimana*, doc. icc-01/04-01/10-465-Red, párr. 244 y 263; caso *Ruto, Kosgey y Sang*, doc. icc-01/09-01/11-373, párr. 162-164, 176-177, 179, 184-185 y 209-211; caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, doc. icc-01/09-02/11-382-Red, párr. 108-112.

vii de la Carta de las Naciones Unidas (Estatuto de Roma, art. 13b). Esta disposición impone un requisito adicional a las incluidas en el Estatuto de Roma, toda vez que afirma que la actuación del Consejo debe responder a “una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”¹⁸.

De lo anterior se desprende que un crimen de guerra aislado (a menos que sea parte de un conflicto armado a gran escala) no conlleva amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. El Consejo de Seguridad solo podrá remitir una situación a la CPI cuando se cumplan los requisitos del mencionado artículo 39 de la Carta de la ONU (Trahan, 2013). Al respecto, es importante mencionar que cualquier acción procedente está a discreción del Consejo de Seguridad, porque la Carta no define lo que se entiende por amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Esto le da al Consejo flexibilidad en cuanto a la clasificación de las circunstancias de hecho en cada situación, así se esté frente a un crimen internacional o de competencia de la CPI¹⁹.

La independencia de la Corte Penal Internacional

El tercer parámetro del artículo 13(b) del Estatuto de Roma expone que la CPI no está obligada a actuar ante la remisión de una situa-

18 El artículo 39 de la Carta de la ONU reza: “El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

19 Este punto ha sido criticado por el hecho de que el Consejo ha invocado el artículo 39 en situaciones que parecen enmarcarse dentro de un Estado. Las intervenciones autorizadas por la ONU en 1990 demostraron la voluntad del Consejo de Seguridad de definir la “amenaza a la paz” de una forma amplia y flexible. (Véanse Ahmed, 2006; Lavalle, 2003.)

ción por el Consejo de Seguridad, sino que “podrá ejercer su competencia”. Esto significa que la CPI debe evaluar por su cuenta si los criterios posteriores de competencia y jurisdicción se cumplen para conocer de la situación remitida (Trahan, 2013).

Bajo el artículo 15(3) del Estatuto de Roma, el Fiscal tiene la obligación de evaluar si existen fundamentos suficientes para abrir una investigación²⁰. De existir dichos fundamentos, el Fiscal presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización, junto con la documentación justificativa que haya reunido²¹. Estos requisitos estatutarios demuestran la independencia del tribunal internacional respecto del Consejo de Seguridad: la resolución que remite una situación del Consejo a la CPI se encuentra con el carácter facultativo del Fiscal y los jueces. En otras palabras, el Consejo de Seguridad no podrá vincular al Fiscal a actuar en el evento de una remisión, porque ella o él deben concluir de forma independiente si existen fundamentos suficientes para abrir una investigación. De esta manera conserva su independencia judicial²².

20 Según el artículo 53(1) el Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación, a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al Estatuto.

21 Si, tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique, la Sala de Cuestiones Preliminares considera que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa. (Véase Estatuto de Roma, art. 53(1).)

22 El documento borrador de la política de la Oficina del Fiscal para las investigaciones preliminares explica que no se puede asumir automaticidad alguna cuando el Fiscal recibe una remisión de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad de la ONU. Según el preámbulo del Estatuto, la Corte tiene un carácter permanente, independiente y está vinculada con el sistema de las Naciones Unidas, con competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. (Véase Trahan, 2013.)

Desafíos de la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad

| 215 |

Luego de haber decantado los parámetros para la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la CPI, se profundizará en el análisis de las resoluciones 1593 y 1970 del Consejo de Seguridad, cuyo lenguaje permitirá apreciar los desafíos de la remisión de situaciones. Estos desafíos se traducen en que: 1) el Consejo de Seguridad ha propendido por que no se apruebe la asignación de fondos de la ONU a la CPI luego de remitir una situación; 2) mediante las resoluciones se ha excluido de la jurisdicción del tribunal internacional a los nacionales de Estados No Partes del Estatuto de Roma; y 3) es necesario que el Consejo de Seguridad imponga obligaciones de cooperación a todos los Estados miembros vis-à-vis las situaciones remitidas (Trahan, 2013, p. 449).

¿Puede el Consejo de Seguridad evitar que la Asamblea General de la ONU asigne fondos tras la remisión de una situación a la CPI?

A la luz de las restricciones presupuestarias que ha venido enfrentando la CPI (Chatham House, 2012), salta a la vista el hecho de que las dos remisiones del Consejo de Seguridad consagran que ninguno de los gastos derivados de ellas, incluidos los relativos a investigaciones o a enjuiciamientos relacionados con las remisiones, serán sufragados por las Naciones Unidas, y que serán sufragados por las partes en el Estatuto de Roma y por aquellos Estados que deseen contribuir voluntariamente²³.

23 El Estatuto de Roma no contempla el mandato para que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General de la ONU financien las remisiones, y por lo tanto no es posible exigir que las situaciones remitidas estén acompañadas de fondos. (Véanse ONU, 2005b, pár. 7; ONU, 2011, pár 8.)

Esto conlleva una preocupación: si el Consejo de Seguridad realiza remisiones consecutivas de situaciones a la CPI sin expresar apoyo en su financiación, la CPI podría encontrarse con mayores restricciones presupuestarias para adelantar la investigación de las situaciones remitidas. Esto podría llevar a que el Fiscal tenga que desistir de dar inicio a la investigación de una situación remitida invocando el artículo 53.1(c) y argumentando por cuestiones presupuestarias que la investigación no redundaría en interés de la justicia²⁴.

Podría entonces considerarse que los Estados miembros del Consejo de Seguridad, particular pero no exclusivamente los Estados miembros del Estatuto de Roma, deben excluir este tipo de lenguaje y permitir que la Asamblea General sea el órgano encargado de considerar el asunto de la financiación para velar por el éxito de la investigación y el curso efectivo de las remisiones de situaciones (Trahan, 2013, p. 451).

No obstante, surge una pregunta: ¿tiene el Consejo de Seguridad la facultad de tomar la decisión de que no se asignen fondos para la situación remitida, toda vez que a la luz de la Carta las decisiones presupuestarias están a cargo de la Asamblea General?²⁵. Se observa aquí un conflicto entre las facultades contempladas en el capítulo VII para el Consejo de Seguridad y el mandato de la Asamblea Gene-

24 Según el artículo 53: “1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: 53.1(c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”.

25 El artículo 17(1) de la Carta determina que la Asamblea General examinará y aprobará el presupuesto de la ONU.

ral, y no hay una posición clara sobre cuál órgano prevalece en este conflicto²⁶.

Al respecto, podría argumentarse que según el propio Estatuto de Roma la Asamblea General es el órgano encargado de asignar los fondos de las Naciones Unidas para financiar las remisiones del Consejo²⁷, además de tener en cuenta las disposiciones del Acuerdo de relación entre la CPI y la ONU²⁸.

26 El artículo 12.1 de la Carta señala: “Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad”. El artículo 103 de la Carta sería el encargado de dirimir este conflicto: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Pero, como se puede concluir, el artículo no contempla el supuesto concerniente a un conflicto potencial con la misma Carta. (Véase Trahan, 2013, p. 451.)

27 Artículo 115 del Estatuto de Roma: “Fondos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes – Los gastos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes, inclusive su Mesa y sus órganos subsidiarios, previstos en el presupuesto aprobado por la Asamblea de los Estados Partes, se sufragarán con cargo a: a) Cuotas de los Estados Partes; b) Fondos procedentes de las Naciones Unidas, con sujeción a la aprobación de la Asamblea General, en particular respecto de los gastos efectuados en relación con cuestiones remitidas por el Consejo de Seguridad”.

28 Artículo 13.1 del Acuerdo: “Las Naciones Unidas y la Corte convienen en que las condiciones en que se podrán proporcionar fondos a la Corte, en virtud de una decisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas conforme al artículo 115 del Estatuto, serán objeto de acuerdos especiales. El Secretario informará a la Asamblea de la concertación de esos acuerdos”.

El segundo desafío que surge es el referente a la exclusión de nacionales de los Estados No Partes del Estatuto de Roma cuando se llevaron a cabo las remisiones (Trahan, 2013, p. 454). La Resolución 1970:

Decide que los nacionales, los exfuncionarios o funcionarios o el personal de un Estado que no sea la Jamahiriya Árabe Libia y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional quedarán sometidos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado respecto de todos los presuntos actos u omisiones derivados de operaciones en la Jamahiriya Árabe Libia establecidas o autorizadas por el Consejo o relacionados con ellas, a menos que ese Estado haya renunciado expresamente a la jurisdicción exclusiva. (ONU, 2011, pár. 6)

Por su parte, la Resolución 1593:

Decide que los nacionales, los exfuncionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea el Sudán y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se sometan a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en el Sudán o relacionados con ellas establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana, a menos que ese Estado contribuyente haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva. (ONU, 2005b, pár. 6)

La delegación de Estados Unidos fue la principal proponente de este lenguaje, secundada por dos de los cinco Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad, que no son partes del Estatuto de Roma (China y la Federación Rusa). Estos Estados cuentan con la facultad de vetar las resoluciones del Consejo para asegurar que sus nacionales estén exentos, tanto de las remisiones directas como de las

remisiones de otras situaciones en las que puedan estar implicados, argumentando que están expuestos por sus actividades militares en el extranjero²⁹.

De conformidad con lo anterior, vale la pena discutir si el lenguaje consagrado en estas dos resoluciones es afín a las disposiciones del Estatuto de Roma. En primera medida, podría pensarse en su viabilidad por las facultades amplias que le otorga el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad. Esto conlleva analizar si los jueces y el Fiscal del tribunal internacional, gobernados por las normas del Estatuto de Roma, deberían actuar bajo el artículo 13(b), según el cual conocerían de “una situación” remitida por la CPI (Trahan, 2013, p. 458).

Esto, en otras palabras, significaría que los jueces y el Fiscal se encuentran vinculados a investigar la “situación parcial” de un Estado, lo cual ha sido rechazado porque las remisiones por el Consejo de Seguridad solo activan el Estatuto de Roma como un todo y no de forma selectiva. Un supuesto semejante afectaría la credibilidad, imparcialidad e independencia de la CPI ante el Consejo de Seguridad (Global Policy Forum, 2012). En este orden de ideas, la CPI no estaría obligada a responder a una remisión que no respete los términos del artículo 13(b) del Estatuto³⁰.

Para ilustrar lo anterior, cabe considerar el caso de Uganda. El gobierno de este país intentó referir a la CPI la situación relativa a Lord’s Resistance Army, pero la Oficina del Fiscal procedió a recha-

29 El apoyo a este tipo de lenguaje respondió a una campaña de oposición a la Corte Penal Internacional en el primer período de la segunda administración del presidente Bush. A pesar de lo anterior, Estados Unidos no vetó la remisión de la Resolución de Darfur, pero se abstuvo. (Véanse Lietzau, 2001, p. 119; Cryer, 2006; Trahan, 2013, p. 454.)

30 Al presentarse la remisión parcial de una situación a una Sala de la Corte, los jueces podrían ignorar la no inclusión de los nacionales de los Estados No Partes del Estatuto de una investigación y aplicar el Estatuto en su totalidad cuando se cumplan los requisitos de competencia y admisibilidad. (Véase Kaye, 2013.)

zar remisiones “unilaterales” en lugar de toda la situación porque el artículo 14(1) del Estatuto de Roma, en lo concerniente a la remisión de una situación por un Estado Parte, dispone que “todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte”, en lugar de limitar el alcance de la investigación a una de las partes del conflicto (Trahan, 2013, p. 460).

La necesidad de que el Consejo de Seguridad imponga obligaciones de cooperación a todos los Estados miembros vis-à-vis las remisiones

El tercer desafío que enfrentan las remisiones a la CPI es el hecho de que las dos resoluciones que remiten situaciones al tribunal únicamente contienen obligaciones de cooperación vis-à-vis los Estados sujetos de la remisión. Esto se puede apreciar en la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad sobre la situación de Sudán:

Decide que el gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente. (ONU, 2005b, pár. 2)

Por su parte, la Resolución 1970 sobre la situación de Libia:

Decide que las autoridades libias deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria de conformidad con la presente resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna en virtud de él, insta a todos los

Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que cooperen plenamente con la Corte y el Fiscal. (ONU, 2011, pár. 5)

| 221 |

El Estatuto de Roma obliga a los Estados Partes a cooperar plenamente con la CPI en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia. Como lo explican los artículos 86 y 88 del Estatuto, a fin de cumplir con esta obligación los Estados Partes deben adoptar aquellos procedimientos que sean necesarios en sus ordenamientos jurídicos internos para poder desarrollar las modalidades de asistencia judicial a que se han comprometido. Sin embargo, es posible entrever que el Estatuto de Roma les concede un grado de libertad a los Estados Partes para la selección de los procedimientos idóneos que sean más congruentes con sus sistemas legales y constitucionales³¹. De lo anterior se deriva que el incumplimiento de la obligación de cooperación no puede justificarse en disposiciones de derecho interno (ТРИУ, 1997, pár. 84).

Mientras que el Estatuto de Roma impone obligaciones de cooperación a los Estados Partes (incluyendo remisiones vis-à-vis)³², a los Estados No Partes, por principio, no les son oponibles estas obligaciones³³. Parece cuestionable que solo los Estados sujetos de la remisión estén sujetos a las obligaciones de cooperación descritas en las resoluciones del Consejo de Seguridad. Esta problemática situación le ha permitido al presidente de Sudán, Omar Al Bashir (sobre

31 Véase CPI, Report of the Bureau on Cooperation, ICC-ASP/6/21, pár. 19.

32 Artículo 86 del Estatuto de Roma: “Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”.

33 El artículo 11 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969) explica que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

quien pesan dos órdenes de captura de la CPI), viajar a los Estados No Partes del Estatuto de Roma, que no cuentan con la obligación de cooperar con el tribunal internacional, pues la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad solo vincula al Estado de Sudán³⁴.

En ese sentido, la Asamblea de los Estados Partes de la CPI ha hecho énfasis en la importancia de la ejecución por los Estados Partes, conforme al artículo 89 del Estatuto de Roma, de las solicitudes de detención y entrega transmitidas por la CPI³⁵ una vez que la Sala de Cuestiones Preliminares ha emitido una orden de arresto con arreglo al artículo 58 del Estatuto.

A partir de lo anterior, podría pensarse que ante una remisión el Consejo de Seguridad debería disponer que toda la membresía de las Naciones Unidas esté obligada a cooperar y proveer la asistencia necesaria a la CPI y a su Fiscal en concordancia con la resolución de remisión, en lugar de solo imponerle la obligación de cooperación con el tribunal al Estado objeto de la remisión³⁶. Un lenguaje semejante podría facilitar la ejecución de las órdenes de arresto y otros asuntos derivados de la cooperación³⁷.

34 Véanse las órdenes de arresto contra Omar Al Bashir: CPI, Sala de Cuestiones Preliminares 1, First Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir ICC-02/05-01/09-1; ICC, Sala de Cuestiones Preliminares 1, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir ICC-02/05-01/09-95.

35 Véase CPI, Report of the Bureau on Cooperation, ICC-ASP/6/21, p. 39.

36 Las resoluciones del Consejo de Seguridad que crearon el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda contienen disposiciones que obligan a los Estados a cooperar a cabalidad con los tribunales respectivos. (Véanse U.N. Doc. S/RES/827, 1993, p. 4; U.N. Doc. S/RES/955, 1994, p. 2.; Chatham House, 2012, p. 222.)

37 Por ejemplo, las solicitudes de cooperación en materia civil, según las cuales el tribunal internacional tiene la facultad de solicitar a los Estados Partes que identifiquen, encuentren o inmovilicen el producto y los bienes obtenidos de la comisión del crimen, así como también los instrumentos para solicitar su incautación o su decomiso. (Véanse Estatuto de Roma, art. 57(3)(d); Trahan, 2013, p. 464.)

La viabilidad de este argumento está en que las facultades del Consejo de Seguridad permiten que sus resoluciones vinculen jurídicamente a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas³⁸. Así, es posible concluir que el Consejo de Seguridad tiene la facultad de consagrar este mandato para evitar que la remisión de una situación pueda devenir en la fuga de un presunto responsable de crímenes internacionales a Estados No Partes del Estatuto de Roma con el fin de evadir la rendición de cuentas de sus acciones o escapar de cualquier posibilidad de juicio. Esto contravendría la voluntad de la comunidad internacional de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes (Estatuto de Roma, preámbulo, art. 5).

La favorabilidad del seguimiento a las remisiones del Consejo de Seguridad

Habiendo analizado los desafíos surgidos de las resoluciones del Consejo de Seguridad que remiten situaciones para el conocimiento de la CPI, es necesario analizar la existencia de obligaciones ulteriores del Consejo una vez ha realizado la remisión.

Si bien es claro que las resoluciones remisorias imponen obligaciones de cooperación a los Estados sujetos de la remisión y a la CPI, no necesariamente consagran obligaciones de resultado expresadas en investigaciones o judicializaciones exitosas³⁹. En este punto es necesario recordar, como se mencionó respecto de las órdenes de arresto para Omar Al Bashir⁴⁰, que la CPI ha seguido la práctica de

38 El artículo 25 de la Carta de la ONU consagra que los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con dicha Carta.

39 Se consagra la obligación de que el Fiscal se dirija al Consejo para informar de las medidas adoptadas de conformidad con la resolución dentro de los tres meses siguientes a su fecha de aprobación, y posteriormente cada seis meses. (Véase Trahan, 2013, p. 465.)

40 Véase la nota 28.

notificar al Consejo de Seguridad sobre aquellas instancias de no cooperación, ante lo cual el órgano de las Naciones Unidas no ha tomado medidas (Trahan, 2013, p. 466).

Esta preocupación ha sido elevada por el mismo tribunal internacional mediante su Sala de Cuestiones Preliminares II, en la Decisión sobre la cooperación de la República Democrática del Congo respecto a la orden de arresto y entrega de Al Bashir:

In this context, the Chamber wishes to reiterate that, unlike domestic courts, the ICC has no direct enforcement mechanism in the sense that it lacks a police force. As such, the ICC relies mainly on the States' cooperation, without which it cannot fulfill its mandate. When the SC, acting under chapter VII of the UN Charter, refers a situation to the Court as constituting a threat to international peace and security, it must be expected that the Council would respond by way of taking such measures which are considered appropriate, if there is an apparent failure on the part of States Parties to the Statute or Sudan to cooperate in fulfilling the Court's mandate as entrusted to them by the Council. Otherwise, if there is no follow up action on the part of the SC, any referral by the Council to the ICC under Chapter VII of the UN Charter would never achieve its ultimate goal, namely, to put an end to impunity. Accordingly, any such referral would become futile⁴¹.

Como puede observarse, la CPI reitera que a diferencia de los tribunales domésticos, no cuenta con mecanismos para garantizar el cumplimiento de sus decisiones. En ese sentido, explica que cuando el Consejo de Seguridad actúa bajo el capítulo VII de la Carta, el tribunal internacional espera que ese órgano tome las medidas que

41 Véase CPI, Pre Trial Chamber II, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09, pár. 33.

considere apropiadas cuando el Estado sujeto de la remisión incumpla sus obligaciones de cooperación: sin un seguimiento del Consejo de Seguridad, las remisiones a la CPI podrían fallar en alcanzar su objetivo de poner fin a la impunidad de la situación remitida.

Refiriéndose a la práctica del Consejo de Seguridad, Trahan explica que cuando este impone sanciones generalmente crea un comité para monitorear su implementación. En ese orden de ideas, podría pensarse en la creación de un Grupo de Trabajo para las Situaciones Remitidas ante la Corte Penal Internacional, o de un grupo de trabajo o subcomité dentro del Grupo de Trabajo para Tribunales Internacionales existente (véanse Trahan, 2013, p. 466; Chatham House, 2012).

Otra posibilidad para asegurar el seguimiento apropiado de las situaciones remitidas es utilizar la resolución anual de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada Informe de la Corte Penal Internacional. Esta podría funcionar si incluye en su parte operativa un lenguaje que inste a todos los Estados miembros de la ONU a cooperar con las situaciones remitidas; de esta manera ejercería una presión política cuyo impacto permitiría a la CPI llevar a cabo su mandato de poner fin a la impunidad de los autores de crímenes internacionales y así contribuir a la prevención de nuevos crímenes (véase Estatuto de Roma, preámbulo).

Conclusiones

El Estatuto de Roma en su artículo 13(b) consagra la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la CPI como una de las modalidades procedimentales para dar inicio a una investigación.

Ante la pregunta sobre la existencia o inexistencia de una obligación legal del Consejo de Seguridad de remitir a la CPI aquellas situaciones en las que se puedan estar cometiendo los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, las provisiones específicas de los artículos 40, 41 y 42 señalan que esta remisión es una facultad y no una obligación.

Es importante resaltar el concepto de *responsabilidad de proteger* y la función de la CPI en la prevención de los crímenes internacionales, que parten del declive de la doctrina de la intervención humanitaria. La responsabilidad de proteger se aplica conforme a un principio de complementariedad con tres pilares: 1) cuando los Estados tienen poblaciones que se encuentran en peligro, les atañe la responsabilidad principal de protegerlas frente a la instigación y la comisión de delitos atroces; 2) cuando los Estados afectados no pueden proporcionar dicha protección, requieren de la asistencia de la comunidad internacional; y 3) cuando las medidas de asistencia son ineficaces debido a graves problemas de capacidad, se traslada a la comunidad internacional la responsabilidad de adoptar medidas rápidas y eficaces para la protección real de la población.

En conexidad con este concepto, autores como Bassiouni y Olasolo afirman que la CPI representa un nuevo modelo de persecución y enjuiciamiento de delitos atroces porque: 1) ha sido creada por los Estados Partes a través de un tratado internacional; 2) constituye una organización internacional independiente de carácter permanente; y 3) no es parte de la estrategia de las Naciones Unidas para hacer frente a situaciones de posconflicto. En este orden de ideas, es posible evidenciar una clara conexión entre el concepto de *responsabilidad de proteger* y el mandato de la CPI: ambos se centran en situaciones futuras de delitos atroces y tienen como fundamento de actuación la responsabilidad principal de los Estados afectados. Considerando que la responsabilidad de proteger pone su acento en la prevención mediante una intervención rápida y efectiva, la segunda dimensión del mandato preventivo de la CPI –su intervención oportuna– puede contribuir significativamente al cumplimiento de la responsabilidad asumida por la comunidad internacional conforme a los pilares segundo y tercero de dicha doctrina.

En lo concerniente a los parámetros para la remisión de una situación al tribunal internacional bajo el artículo 13(b), se concluye que: 1) el Consejo de Seguridad podrá actuar cuando el umbral para la remisión de una situación responda a crímenes internacionales o a crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional; 2) al realizar la remisión, el Consejo de Seguridad deberá “actuar con

arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”, lo cual le otorga flexibilidad en cuanto a la clasificación de las circunstancias de hecho en cada situación, así se trate de un crimen internacional; y 3) aun cuando estas dos condiciones se cumplan, la independencia de la CPI queda preservada, en la medida en que no está obligada a ejercer su competencia.

Por otra parte, tras el análisis del lenguaje de las resoluciones del Consejo de Seguridad 1593 (sobre Sudán) y 1970 (sobre Libia), que a la fecha han remitido situaciones de Estados No Partes del Estatuto de Roma a la CPI, se evidencian distintos desafíos.

En primer lugar, la pregunta sobre si el Consejo de Seguridad puede evitar que la Asamblea General de la ONU asigne a la CPI fondos relacionados con la remisión de una situación, toda vez que a la luz de la Carta de las Naciones Unidas las decisiones presupuestarias están a cargo de la Asamblea General. Además, el Estatuto de Roma sugiere que la Asamblea General es el órgano encargado de asignar los fondos de las Naciones Unidas para financiar las remisiones del Consejo.

En cuanto al segundo desafío, la exclusión de los nacionales de Estados No Partes del Estatuto de Roma de la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad, se puede concluir que es problemático que el Fiscal del tribunal internacional sea vinculado a investigar la “situación parcial” de un Estado. Esto debería ser rechazado, pues las remisiones del Consejo de Seguridad activan el Estatuto de Roma en relación con la situación completa de un Estado y no de forma selectiva. Un lenguaje selectivo afectaría no solo la credibilidad, imparcialidad e independencia del tribunal ante el Consejo de Seguridad, sino el objeto de ambas organizaciones internacionales.

Sobre el tercer desafío, traducido en la necesidad de que el Consejo de Seguridad imponga obligaciones de cooperación a todos los Estados miembros vis-à-vis las situaciones remitidas, puede concluirse que el Consejo debería disponer que toda la membresía de las Naciones Unidas sea obligada a cooperar y a proveer la asistencia necesaria a la CPI y a su Fiscal, en lugar de solo imponerle esta obligación al Estado objeto de la remisión, con el fin de facilitar la ejecución de las órdenes de arresto y otros asuntos derivados de

la cooperación. Esto es factible, pues las facultades del Consejo de Seguridad permiten que sus resoluciones vinculen jurídicamente a todos los Estados miembros de la ONU.

Finalmente, toda vez que la CPI ha reiterado que a diferencia de los tribunales domésticos no cuenta con mecanismos para garantizar el cumplimiento de sus decisiones, y ha señalado que sin el seguimiento del Consejo de Seguridad las remisiones podrían no alcanzar su objetivo de poner fin a la impunidad, se concluye que sería favorable que el Consejo de Seguridad diera seguimiento a las situaciones remitidas. Con tal fin, es viable considerar mecanismos como la creación de un comité de seguimiento de las remisiones, semejante a los comités de sanciones que crea el Consejo de Seguridad para monitorear su imposición, o la creación de un grupo de trabajo o subcomité en el Grupo de Trabajo para Tribunales Internacionales; también podría hacerse por medio de la resolución anual de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada Informe de la Corte Penal Internacional. Esta podría ser efectiva si incluye en su parte operativa un lenguaje que inste a todos los Estados miembros de la ONU a cooperar con las situaciones remitidas. Esto permitiría ejercer sobre el Consejo de Seguridad una presión política para que se le permita a la CPI llevar a cabo su mandato de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes internacionales y contribuir a la prevención de nuevos crímenes que atentan contra la conciencia de la humanidad.

Referencias

- Ahmed, K. (2006). The Domestic Jurisdiction Clause in the United Nations Charter: A Historical View. En: *2006 Singapore Year Book of International Law and Contributors* (pp. 175-197). National University of Singapore.
- Chatham House (2012). *International Law Meeting Summary, with Parliamentarians for Global Action, the UN Security Council and the International Criminal Court*.

- CPI, Corte Penal Internacional (s. f.). *Situation and Cases*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/cases>
- CPI, Corte Penal Internacional, y ONU, Organización de las Naciones Unidas (2004). Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/Compendium.3rd.03.SPA.pdf
- Cryer, R. (2006). Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice. *Leiden Journal of International Law*, 19, 195-222.
- Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional (2002). Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Global Policy Forum (2012). *The Relationship between the ICC and the Security Council: Challenges and Opportunities*. Nueva York: International Peace Institute. Disponible en: <https://www.globalpolicy.org/international-justice/the-international-criminal-court/icc-in-the-security-council-6-4/52118-the-relationship-between-the-icc-and-the-security-council-challenges-and-opportunities.html>
- Jain, N. (2005). A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court. *European Journal of International Law*, 16, 2, 239-254.
- Kaye, D. (2013). *The Council and the Court: Improving Security Council Support of the International Criminal Court*. University of California Irvine School of Law Research Paper 127.
- Kroenert, J. (2015). *ACT Group Formally Launches Security Council Code of Conduct*. Disponible en: <http://www.centerforunreform.org/?q=node/679>
- Lavalle, R. (2003). A Vicious Storm in a Teacup: The Action by the United Nations Security Council to Narrow the Jurisdiction of the International Criminal Court. *Criminal Law Forum*, 14, 195-220.
- Lietzau, W. K. (2001). The United States and the International Criminal Court: Concerns from a US Military Perspective. *Law & Contemporary Problems*, 64.
- Olasolo, H. (2005). *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*. Leiden y Boston: Martinus Nijhoff.

- - -. (2010, julio-diciembre). La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales *ex post facto* al concepto de responsabilidad para proteger. *Logos, Ciencia y Tecnología*, 2, 1, 112-120.
- - -. (2013). *Tratado de autoría y participación en derecho internacional penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ONU, Organización de las Naciones Unidas (1945). Carta de la Organización de las Naciones Unidas Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf
- - -. (1969). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf
- - -. , Asamblea General (2005a). Documento final de la Cumbre Mundial de 2005.
- - -. , Consejo de Seguridad (2005b). Resolución 1593 del 31 de marzo de 2015.
- - -. (2011). Resolución 1970 del 26 de febrero de 2011.
- - -. , Secretaría General (2015). Informe A/60/981-S/2015/500.
- Schabas, W. (2007). *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Stahn, C. (2003). The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002). *European Journal of International Law*, 14, 1, 85-104.
- Trahan, J. (2006). *Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. A Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Human Rights Watch.
- - -. (2010). *Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. A Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Human Rights Watch.
- - -. (2013, diciembre) The Relationship between the International Criminal Court and the UN Security Council: Parameters and Best Practices. *Criminal Law Forum*, 24, 4, 417-473.
- Werle, G. (2010). *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- CPI, Corte Penal Internacional. Mathieu Ngudjolo Chi, caso *Kony et al.*, doc. ICC-02/04-01/05-53.
- - -. *Harun y Kushayb*, doc. ICC-02/05-01/07-1-Corr.
 - - -. *Ngudjolo*, doc. ICC-01/04-02/07-3.
 - - -. *Katanga*, doc. ICC-01/04-01/07-4.
 - - -. *Bemba*, doc. ICC-01/05-01/08-14.
 - - -. *Katanga y Ngudjolo*, doc. ICC-01/04-01/07-717.
 - - -. *Al Bashir*, doc. ICC-02/05-01/09-3, caso *Bemba*, doc. ICC-01/05-01/08-424.
 - - -. Situación en *Kenia*, doc. ICC-01/09-19.
 - - -. Situación en *Costa de Marfil*, doc. ICC-02/11-14-Corr.
 - - -. *Mbarushimana*, doc. ICC-01/04-01/10-465-Red.
 - - -. *Ruto, Kosgey y Sang*, doc. ICC-01/09-01/11-373.
 - - -. *Muthaura, Kenyatta y Ali*, doc. ICC-01/09-02/11-382-Red.
 - - -. Sala de Cuestiones Preliminares I. First Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-1.
 - - -. Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-95.
 - - -. Report of the Bureau on Cooperation, ICC-ASP/6/21.
 - - -. (2014). Pre Trial Chamber II, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court. ICC-02/05-01/09, 9 de abril de 2014.
 - - -. (2015). Asamblea de los Estados Partes. ICC-ASP/14/38, 18 de noviembre de 2015.
- ICTY, Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Sala de Apelaciones (1997). The Prosecutor vs. Tihomir Blaškić, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of *Subpoenae Duces Tecum*, 18 de julio de 1997.

Índice analítico y onomástico

| 232 |

- actus reus* 211
- Al Bashir, Omar 212, 221-222, 224
- Asamblea General de la ONU 204, 215-217, 225, 227, 228
- Asesora Especial sobre la Responsabilidad de Proteger 205-206
- Bassiouni, Cherif 206, 226
- Bush, George Walker 219
- Carta de la ONU o Carta de San Francisco 201-203, 204, 209-210, 212-213, 216, 217, 219, 223, 224-225, 227
- Código de conducta sobre la acción del Consejo de Seguridad en contra del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra 208
- Consejo de Seguridad de la ONU
 - exclusión de nacionales de Estados No Partes del Estatuto de Roma en las remisiones a la CPI 218-220
 - imposición de la obligación de cooperar con la CPI a todos los Estados miembros de la ONU 220-223
 - desafíos de las remisiones a la CPI 215-223
 - facultad de remisión de casos a la CPI 201-209
 - negación de fondos a la CPI 215-217
 - parámetros para las remisiones a la CPI 209-214
 - seguimiento a las remisiones a la CPI 223-225
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados 221
- Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio 205
- Convenios de Ginebra, protocolos I y II de los 205
- Corte Internacional de Justicia 202
- Corte Penal Internacional
 - caso Libia 200-201, 218, 220-221
 - caso Sudán 200, 218, 220, 221-222, 224
 - competencia 209-210, 213-214
 - desafíos de las remisiones del Consejo de Seguridad de la ONU 215-223
 - independencia 213-214
 - parámetros para las remisiones del Consejo de Seguridad de la ONU 209-215
 - y prevención de crímenes internacionales 203-209
- CPI *véase* Corte Penal Internacional

crímenes

- de guerra 205, 209, 212, 213
- de lesa humanidad 205, 209, 210-212
- internacionales 202-203, 209, 212, 213, 223, 225, 226, 228

Cumbre Mundial de la ONU en 2005 204

Declaración política sobre la suspensión del veto en casos de atrocidades en masa 208

delitos atroces 204, 205, 206, 207, 226

Fiscal de la CPI 200, 202, 207, 209, 214, 216, 219-221, 222, 223, 227

genocidio 205, 207, 209, 211-212

Grupo de Trabajo para Tribunales Internacionales 225, 228

ICTR *véase* Tribunal Penal Internacional para Ruanda

ICTY *véase* Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

Informe de la Corte Penal Internacional 225, 228

intervención armada 204, 206

intervención humanitaria, doctrina de 203-204, 226

Jain, Neha 202

Lauterpacht, Hersch 203

Lord's Resistance Army 219

mens rea 211

Olasolo, Héctor 200, 204, 206, 207-208, 211, 226

Resolución 1593 del Consejo de Seguridad de la ONU 200, 215, 218, 220, 222, 227

Resolución 1970 del Consejo de Seguridad de la ONU 201, 215, 218, 220-221

Responsabilidad, Coherencia y Transparencia 208

responsabilidad de proteger 203-209, 226

Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI 214, 222, 224

tentativa, figura de la 207-208

Tribunal Especial para Sierra Leona 197-198

Tribunal Militar Internacional de Núremberg 197

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia 199-200, 210, 211, 222

Tribunal Penal Internacional para Ruanda 199-200, 210, 211, 222

tribunales *ad hoc* 200

Trahan, Jennifer 202, 203, 209-210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 223, 225

CAPÍTULO VIII

La responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos: reflexiones en torno al caso *Fontev ecchia*

*María Eugenia Goya y Ada I. Sánchez Echevarría
(Argentina)*

Introducción

Este capítulo abordará la cuestión de la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos. En particular, se analizará la responsabilidad del Estado argentino por el incumplimiento de una parte de la sentencia *Fontev ecchia y D'Amico vs. Argentina* (en adelante, caso *Fontev ecchia*), emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2011 (Corte IDH, 2011b).

En la primera parte se abordará el marco jurídico de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, así como su aplicación al área del derecho internacional de los derechos humanos, las condiciones de atribución de responsabilidad al Estado, el régimen de reparaciones y las consideraciones particulares que surgen en casos de no cumplimiento de sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos.

En la segunda parte se presentarán los antecedentes del caso *Fontevecchia* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) que motivaron el debate respecto de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos. A la luz de este caso jurisprudencial se analizarán las consecuencias de la negativa de un tribunal superior nacional a ejecutar las medidas ordenadas por un tribunal internacional que implican la revocación de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en el derecho interno.

En la tercera parte se desarrollarán los argumentos más relevantes alegados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) –tribunal superior argentino– en la sentencia *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CSJN, 2017), dictada con posterioridad al fallo condenatorio de la Corte IDH, y los argumentos esgrimidos por el tribunal internacional en ejercicio de sus facultades de supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Entre ellos, se destacan la teoría de la unidad orgánica del Estado, la doctrina del margen nacional de apreciación y la teoría de la cuarta instancia. En esta parte también se analizarán otras cuestiones significativas vinculadas con el caso *Fontevecchia*, tales como los mecanismos para exigir el cumplimiento de una sentencia de la Corte IDH y la viabilidad del cumplimiento de una sentencia internacional en caso de “imposibilidad jurídica” en razón de las disposiciones de derecho interno.

En la última parte se analizará el caso *Fontevecchia* a la luz del marco teórico y jurídico desarrollado a lo largo del trabajo y se propondrán algunas preguntas –y también algunas respuestas– para continuar el debate de una cuestión que presenta aristas y complejidades no siempre evidentes a primera vista.

El marco jurídico de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

El derecho internacional público encuentra entre sus principios fundamentales la responsabilidad del Estado cuando este comete un acto

violatorio de las obligaciones a las que está constreñido. En efecto, en este marco jurídico, los Estados son responsables por aquellos hechos que realizan que constituyan ilícitos internacionales. Este principio se extiende también al incumplimiento de obligaciones internacionales que surjan de tratados de derechos humanos. En ese sentido, según afirman González Napolitano *et al.*, “en el área del derecho internacional de los derechos humanos, [resultan] de aplicación los principios generales en materia de responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito” (2013, p. 24).

El *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (en adelante, Proyecto de la CDI), elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI, 2002), representa el estado del arte en la materia y reúne, en gran medida, las normas consuetudinarias aplicables (González Napolitano *et al.*, 2013, p. 1), de manera tal que verdaderamente comporta una codificación de esta área del derecho internacional. En efecto, su gran valor radica en que presenta las conclusiones de los debates más avanzados en materia de responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y en que propone criterios y parámetros que permiten analizar la casuística.

El artículo 1 del Proyecto de la CDI establece: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”. Adicionalmente, el artículo 2 determina que se considerará como hecho internacionalmente ilícito todo aquel que reúna en forma concurrente dos requisitos. El primero, que sea “atribuible al Estado según el derecho internacional”, sin importar cuál sea su fuente. En ese sentido fue decidido el caso *Rainbow Warrior*, en cuyo laudo se determinó: “[...] any violation by a State of any obligation, of whatever origin, gives rise to State responsibility and consequently, to the duty of reparation”¹. El segundo requisito exige que el hecho “constituy[a] una violación de una obligación internacional del Estado”.

1 *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, RIAA, 30 April 1990, v. xx, p. 75.

De modo complementario, el artículo 12 precisa: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”. Sobre el particular, Condorelli y Kress agregan que debe concurrir un tercer requisito para que se genere la responsabilidad internacional, *i.e.* la ausencia de una circunstancia que excluya la ilicitud, tal como la legítima defensa o la fuerza mayor (2010, p. 224). No obstante, la exclusión de la ilicitud no impide la indemnización que pueda corresponder por cualquier pérdida efectiva causada por el hecho, como expresa el artículo 27b del Proyecto de la CDI. A continuación, hay cuatro aspectos de interés sobre los cuales será conveniente profundizar.

En primer lugar, el hecho que genera la responsabilidad internacional del Estado puede ser tanto una acción como una omisión. Es decir, el hecho internacionalmente ilícito puede consistir en una acción efectivamente realizada por el Estado (por ejemplo, en materia de derechos humanos, el dictado de una sentencia por un tribunal interno, que luego es considerada como violatoria de derechos humanos por un tribunal internacional), o en una omisión, esto es, la no realización de un acto al que el Estado está obligado (por ejemplo, el no acatamiento por un tribunal interno de todas las medidas ordenadas en la sentencia de un tribunal internacional). Como señala Stern, “*where there is an omission to act in violation of an obligation of due diligence, it is not a question of attribution of the act of a private party, but rather a failure of the State itself to comply with its primary obligations*” (2010, p. 209).

En segundo lugar, respecto del fundamento de la atribución de responsabilidad, Crawford señala que el Proyecto de la CDI sigue un criterio objetivo, conforme al cual es irrelevante si el Estado tuvo o no “culpa” por el hecho; lo importante es solo la determinación de si fue el Estado quien realizó la acción u omisión, sin más consideraciones (2013, p. 61; véase también Stern, 2010, p. 194). En consecuencia, “*once the breach of an obligation owed under a primary rule of international law is established, this is prima facie sufficient to engage the secondary consequences of responsibility*” (Crawford, 2013, p. 61). De

esa manera, la determinación del incumplimiento de la obligación internacional por parte del Estado conllevará para este la atribución de responsabilidad internacional.

Así mismo, el Proyecto de la CDI establece que la palabra “Estado” comprende todos los órganos que lo componen –tanto el Ejecutivo como el Judicial, el Legislativo o aquellos “de otra índole”–. En consecuencia, la responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito procederá sin importar de qué órgano del Estado haya surgido. De este modo, como afirma Momtaz: *“Whether the functions of these organs are international or internal, and whether the position they hold in the framework of the State is superior or subordinate, has no relevance as concerns the attribution of these acts to the State”* (2010, p. 239).

En tercer lugar, respecto al contenido de la obligación, Crawford afirma: *“In determining whether there has been a breach of an obligation consideration must be given above all to the substantive obligation itself, its precise formulation and meaning, as applied to the facts of the case in hand”* (2013, p. 216). Así, para el supuesto que se analizará respecto del caso Fontevecchia de la Corte IDH, será fundamental determinar si el cumplimiento exigido –i.e., la obligación internacional que habría sido o no incumplida– se refiere al aspecto formal (la forma) o al sustantivo (el contenido, la formulación y el significado) de las medidas ordenadas, pues ello permitirá determinar cuál es *“the substantive obligation itself”* y establecer si se habría generado la responsabilidad internacional del Estado argentino. En línea con ello, Stern advierte que el Proyecto de la CDI no distingue entre obligaciones de medio (*“obligation de moyen”*) y obligaciones de resultado (*“obligation de résultat”*), por lo cual *“this distinction might only be relevant in determining the moment when international responsibility, and thus the obligation to make reparation, arises”* (2010, p. 214).

En consecuencia, una vez establecido el incumplimiento, Crawford señala que *“the automatic substantive corollaries of responsibility are cessation (if the breach is continuing) and reparation”* (2013, p. 94). En efecto, el objetivo de la responsabilidad internacional es atribuir la “titularidad” del ilícito a un Estado y asignarle la obligación de no reincidir en la conducta ilícita y de reparar los efectos que esta produjo.

Por último, en cuarto lugar, respecto de la situación posterior al incumplimiento de la obligación, el artículo 29 del Proyecto de la CDI establece la “continuidad del deber de cumplir la obligación”. En línea con ello, es pertinente la afirmación de Rivier en el sentido de que “*what is at issue here is the continuing duty of the responsible State to perform the primary obligation, separate from the question of reparation consequent upon its breach*” (2010, p. 750). De este modo, no debe perderse de vista que la institución de la responsabilidad internacional es un remedio a un problema puntual (en este caso particular, el incumplimiento de una sentencia de la Corte IDH), pero ello no implica que el deber de cumplir la obligación primaria (esto es, la de continuar cumpliendo la Convención Americana de Derechos Humanos) desaparezca.

En efecto, la atribución de responsabilidad y la reparación para el caso concreto son independientes de la obligación primaria subyacente, la cual subsiste. En ese sentido, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos (en adelante, SIDH), la obligación principal es el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), y subsiste aun cuando se haya producido una vulneración de los derechos allí reconocidos o de las sentencias condenatorias de la Corte IDH por su incumplimiento por parte de un Estado.

En resumen, habrá responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito, sin importar qué órgano del Estado realizó la acción u omisión, siempre que un Estado incumpla una obligación internacional, cualquiera sea su fuente, y toda vez que no haya causales que excluyan la ilicitud de la conducta. Así, el incumplimiento de una sentencia obligatoria de un tribunal internacional podrá constituir un hecho internacionalmente ilícito si uno de los órganos encargado de su ejecución decide no cumplirla, sin tener asidero jurídico en el derecho internacional para justificar que el incumplimiento no sea ilícito.

Para el supuesto que se analizará en este trabajo, corresponderá determinar si incumplimiento de una sentencia de la Corte IDH es atribuible al Estado y si constituye una violación de una obligación internacional. Respecto de la atribución de responsabilidad al Estado, como se verá, esta es evidente en el caso *Fontevicchia*, donde

el poder Judicial tenía a cargo el cumplimiento de una medida de reparación ordenada por la Corte IDH. Respecto de la calificación del incumplimiento, en principio, en este caso podría responderse por la afirmativa en razón de que la CSJN dictaminó que no cumpliría la medida de reparación. Ahora bien, respecto de esto último es posible hacer algunas precisiones y llamados de atención que se desarrollarán en las siguientes secciones de este trabajo.

El caso Fontevecchia y sus antecedentes

El 23 de septiembre de 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina resolvió condenar a dos periodistas por el daño moral ocasionado a Carlos Saúl Menem, quien era el presidente de la República Argentina al tiempo de la publicación, debido a la difusión de ciertas notas vinculadas con la presunta existencia de un hijo no reconocido (CSJN, 2001). El máximo tribunal argentino entendió que la información divulgada comportaba una lesión ilegítima de la intimidad del mandatario, que no se justificaba por tratarse de un asunto de interés general, ni por su carácter de persona pública.

En su decisión, si bien la Corte resaltó la existencia de la protección constitucional e internacional de la libertad de expresión, agregó que su ejercicio abusivo o arbitrario no puede lesionar otros derechos constitucionales, entre los que se encuentran los de la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (CSJN, 2001, cons. 7)². En tales supuestos, la práctica periodística podría quedar sujeta a posibles responsabilidades ulteriores (cons. 11).

En consecuencia, la CSJN estableció la responsabilidad civil de los periodistas por la intromisión injustificada en la esfera de intimidad del Presidente. En efecto, confirmó la sentencia condenatoria de la instancia anterior, por la cual se obligó a los dos periodistas a la publicación de un extracto de la sentencia, se les impusieron las

2 Estos derechos están reconocidos en los artículos 14, 19 y 33 de la constitución nacional argentina.

costas del litigio y se les ajustó el monto de la indemnización debida al Presidente demandante por el daño sufrido (cons. 11).

Ante dicho pronunciamiento, los periodistas demandados recurrieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), en el entendimiento de que el fallo había vulnerado su derecho a la libertad de expresión. Luego de analizar el caso, la Comisión emitió un informe con recomendaciones al Estado argentino³ y, ante su incumplimiento, resolvió someter la cuestión a la Corte IDH para que esta evaluase si la sentencia de la CSJN había producido una violación a los derechos humanos de los periodistas, reconocidos en la CADH, lo que eventualmente podría acarrear la responsabilidad internacional de Argentina.

Mediante sentencia del 29 de noviembre de 2011, la Corte IDH resolvió que las sanciones civiles impuestas por la justicia argentina comportaron una restricción indebida a la libertad de expresión de los periodistas (Corte IDH, 2011b, pár. 42 y ss.). Para decidir en ese sentido, el tribunal analizó si en el caso en concreto la información cuestionada tenía carácter de interés público y si contribuía a un debate de interés general (pár. 61). Al respecto, consideró que las notas periodísticas se referían no solo a la existencia de un hijo no reconocido por el Presidente, sino también a la relación del mandatario con la madre del menor. La difusión de este último aspecto era particularmente relevante, pues su objetivo era llamar la atención sobre la disposición de sumas cuantiosas, regalos costosos, favores y otras gestiones a favor de la madre del hijo del Presidente. Por lo tanto, las publicaciones impugnadas buscaron contribuir a un debate de interés general y no simplemente inmiscuirse en la vida privada del presidente Menem (pár. 68).

Bajo estas consideraciones, la Corte IDH determinó que el Estado argentino había incurrido en la violación del artículo 13 de la CADH cuando la CSJN decidió imponer una medida de responsabilidad ulterior de carácter pecuniario que resultaba innecesaria en una

3 Comisión IDH, Informe de fondo 82/10, *Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico*, caso 12.524.

sociedad democrática, e incompatible con aquel tratado (pár. 91). Así, la Corte IDH resaltó que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin” (pár. 93). En cuanto a las reparaciones, la Corte IDH ordenó al Estado argentino dejar sin efecto la condena civil, así como todas sus consecuencias, a través de la adopción de “todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que [fueran] necesarias” (pár. 105).

Conforme lo dispuesto por el tribunal internacional, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina inició un proceso ante la CSJN para que esta diera cumplimiento –dentro del marco de sus competencias– a lo ordenado en el caso *Fontevicchia*. A este respecto, mediante la sentencia del 14 de febrero de 2017, la CSJN consideró que el remedio dispuesto por la Corte IDH implicaba revocar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en el derecho interno (CSJN, 2017). Sobre el particular, la CSJN señaló que dicha medida constituía un supuesto de cumplimiento imposible (cons. 16) conforme a los principios fundamentales del derecho público argentino⁴, entre los que se encuentra el carácter supremo de la CSJN como cabeza del poder Judicial nacional. El tribunal argentino agregó que admitir una medida revocatoria implicaría transformar el tribunal internacional en una “cuarta instancia” revisora de decisiones jurisdiccionales estatales (cons. 11).

No obstante lo resuelto, la CSJN resaltó que su decisión no implicaba negar la obligatoriedad de las decisiones del tribunal internacional, sino, en cambio, que su carácter vinculante se debería circunscribir a las resoluciones dictadas *dentro* del marco de atribuciones previsto por la CADH y *de conformidad* con el ordenamiento constitucional nacional (cons. 7).

4 Véase la constitución nacional argentina, art. 27.

En ejercicio de sus atribuciones para la supervisión del cumplimiento de sus sentencias, la Corte IDH analizó el cumplimiento por parte del Estado argentino de las medidas de reparación, consistentes en dejar sin efecto la condena civil impuesta a los periodistas, devolverles las sumas correspondientes a la indemnización que debieron pagar y reintegrarles las costas y gastos (Corte IDH, 2017). En cuanto a la devolución de la indemnización, la República Argentina manifestó que el trámite correspondiente sería concluido a la brevedad. No obstante, en lo referido a la revocación de la condena civil, remitió una copia de la sentencia de la CSJN y alegó que lo ordenado excedía el marco de competencias del poder Ejecutivo nacional (pár. 8).

En la resolución de seguimiento de cumplimiento (Corte IDH, 2017), el tribunal resaltó que, conforme al artículo 67 de la CADH, sus fallos son definitivos e inapelables y que, según el artículo 68, inciso 1, “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Esta obligación incluye a “todos los poderes y órganos del Estado”, inclusive a los más altos tribunales de justicia (pár. 13). Así mismo, destacó que “la obligatoriedad de uno de sus fallos no puede quedar al arbitrio de un órgano del Estado, especialmente de aquel que generó la violación a derechos humanos” (pár. 24). También manifestó que no compete a la CSJN determinar si una sentencia internacional es o no obligatoria, pues su carácter vinculante “surge de la ratificación de la Convención Americana por parte de Argentina y del reconocimiento que realizó de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana” (pár. 23).

En lo que respecta al cumplimiento del deber de “dejar sin efecto” la condena civil, el tribunal internacional indicó que “correspondía a Argentina identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado” (pár. 16). En ese sentido, destacó que existían diversas medidas o acciones alternativas que podrían haber sido adoptadas para dar observancia a lo ordenado, tales como la eliminación de la publicación de la sentencia en la página web o alguna anotación en la sentencia que indicara lo resuelto por la Corte IDH, entre otras.

En cuanto al argumento del Estado argentino referido a la improcedencia de la Corte IDH como una “cuarta instancia” revisora de las sentencias locales, el tribunal internacional expresó su desacuer-

do, señalando que cuando se pronuncia sobre una decisión judicial interna, solo busca determinar si se ha violado la CADH, sin perjuicio del órgano concernido, sus funciones o su jerarquía. Ello por cuanto “para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito” (pár. 31).

Las cuestiones que plantea el caso Fontev ecchia

La eficacia de las sentencias y la efectividad de la institución

La CADH establece en su artículo 68, inciso 1: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. De esta manera, los Estados que han sido partes en un proceso ante la Corte IDH quedan obligados por la sentencia que esta emita para el caso concreto. Adicionalmente, la CADH señala en el inciso 2 del mismo artículo: “La parte del fallo que disponga *indemnización compensatoria* se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado” (énfasis añadido). Así, si bien el fallo es “definitivo e inapelable” (CADH, art. 67, 1.^a parte) y “tiene efectos ejecutorios” (Rodríguez Rescia, 1997, p. 21), la viabilidad de su ejecución dependerá en la práctica del cumplimiento que de él haga el Estado condenado. Es en esta instancia, la de ejecución de la sentencia, donde se han presentado en Argentina diversos inconvenientes e interrogantes que han afectado el cumplimiento total de las medidas impuestas en diferentes sentencias de la Corte IDH.

Las sentencias de la Corte IDH condenatorias a un Estado alcanzan su objetivo cuando la violación de derechos humanos que ha sido constatada cesa y es reparada⁵. Así, una parte central de la

5 El artículo 63(1) de la CADH establece: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dis-

eficacia de los fallos depende de su ejecución. En consecuencia, una sentencia que no se cumple no es una sentencia eficaz y, por lo tanto, no alcanza su finalidad, lo cual le resta relevancia progresivamente al órgano que la emite si hay reiteradas situaciones de incumplimiento. Como afirma González-Salzberg, “*an institution would be perceived as an effective one if its functions impel actors to act differently than they would if the institution did not exist*” (2010, p. 121). Si ello no ocurre, la institución sería percibida como inefectiva y se arriesgaría a perder legitimidad como defensora última de los derechos humanos en el continente⁶.

Al respecto cabe señalar que, si bien los Informes de la Corte IDH registran un alto incumplimiento de sus sentencias⁷, diversos autores han aplicado otra metodología y han concluido, en cambio, que estas registran un alto ratio de cumplimiento (Basch, Filippini, Laya, Nino y Schreiber, 2010; González-Salzberg, 2010 y 2011). Esto obedece a que el análisis desagregado de las medidas que la Corte IDH ordena muestra que, en general, las que implican reparación –espe-

pondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

6 En esta línea de pensamiento, véase Huneeus (2011, p. 518).

7 Al respecto, véase el *Informe Anual 2016*, en el cual la Corte IDH registra 182 casos cuyas sentencias se encuentran bajo supervisión de cumplimiento, con parte o la totalidad de las medidas ordenadas en la sentencia condenatoria pendientes de cumplimiento por parte de los Estados condenados (p. 97). Según la última información disponible en la página de la Corte IDH, solo 26 casos han podido ser archivados debido el cumplimiento total de la sentencia (http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision_archivados_cumplimiento.cfm?lang=es), frente a los 186 casos que aún se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento (al respecto, véase Comunicado de Corte IDH, CorteIDH_CP-45/17). Los informes de años anteriores arribaron a conclusiones similares. El listado completo de informes anuales se encuentra disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informe-anual.html>

cialmente de naturaleza dineraria– han sido atendidas en la mayoría de los casos (Basch *et al.*, 2010, pp. 12-24; Huneeus, 2013, p. 448).

Sin embargo, los autores mencionados destacan que dos tipos de medidas son incumplidas habitualmente por los Estados: aquellas cuyo cumplimiento depende de un acto del órgano Legislativo, y aquellas que dependen del órgano Judicial. En efecto, Basch *et al.* señalan que puede haber un menor cumplimiento de las medidas ordenadas por el SIDH cuando su implementación depende de actos de más de un órgano del Estado (p. 28). Esto es, cuando las acciones adoptadas no solo dependen del Ejecutivo, que habitualmente gestiona las relaciones con el SIDH, sino de otros órganos del Estado, como el Legislativo –por ejemplo, para el caso de medidas que impliquen reformas legislativas– o el Judicial, para aquellos casos en los que se deba “investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos” o revocar sentencias de tribunales nacionales, por citar algunos ejemplos.

Respecto del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH por el poder Judicial en particular, Huneeus sostiene que este órgano puede verse más amenazado que el Ejecutivo o el Legislativo por la actuación del tribunal internacional (2011, pp. 502-504, 513 y 525). Esto porque, toda vez que el SIDH exige el previo agotamiento de los recursos internos, a menudo “[f]or the IAS [Inter-American System for Human Rights] to take a case is thus already a judgment that the local judges got it wrong” (p. 514), lo cual implica desde el origen una crítica al trabajo de los tribunales que estos no necesariamente están dispuestos a asumir con facilidad. Además, como en numerosas oportunidades se trata de resoluciones de los más altos tribunales nacionales, estos pueden protestar por la vulneración de su estatus como instancia judicial última en el derecho interno. Y en ciertos casos, la revisión o modificación de una decisión del más alto tribunal del Estado puede comportar una innovación procesal (frente a la generalizada inexistencia en los derechos internos de procedimientos establecidos legalmente para la ejecución de las sentencias de tribunales internacionales) que eventualmente acarree responsabilidad personal del juez en el marco del derecho interno de su Estado por incumplimiento de las normas de procedimiento (como, por ejem-

plo, en el caso de revisión o revocación de sentencias con autoridad de cosa juzgada cuando el reglamento del tribunal no habilita este supuesto).

*La teoría de la unidad orgánica del Estado*⁸

Este análisis preliminar permite hacer referencia aquí a la teoría de la unidad orgánica del Estado. Como ya se mencionó, según el Proyecto de la CDI “se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de *todo órgano* del Estado, ya sea que este ejerza funciones legislativas, ejecutivas, *judiciales* o de otra índole”⁹. Así, de acuerdo con el principio de la unidad orgánica del Estado, a efectos de la responsabilidad internacional, las acciones u omisiones de todos sus órganos deben considerarse acciones u omisiones del Estado. Así mismo, la CDI señala que “la diversidad de obligaciones internacionales no permite hacer ninguna distinción general entre órganos que pueden cometer hechos internacionalmente ilícitos y los que no lo pueden” (CDI, 2011, art. 4., com. 5, p. 41). Esta posición está ampliamente asentada en la doctrina y la jurisprudencia internacional (Crawford, 2013, pp. 116 y ss.; Stern, 2010, pp. 204-206¹⁰).

En lo que respecta al SIDH, la Corte IDH sostuvo en el caso Velásquez Rodríguez que “es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público” (Corte IDH, 1988, pár. 172). En efecto, “es un principio del derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones” (pár. 171).

8 Véase, entre otros, Dulitzky (2006).

9 A/RES/56/83, art. 4(1), énfasis añadidos.

10 Véase también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports, 2007, pár. 385.

Más específicamente, la Corte IDH se refirió al rol del poder Judicial, sosteniendo que “cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin” (Corte IDH, 2011a, pár. 193).

Como destaca Rodríguez Rescia, es irrelevante qué órgano del Estado provocó la violación de derechos humanos pues, frente al derecho internacional, el Estado –en su totalidad– es responsable internacionalmente si se constata la violación (1997, p. 9). En el mismo sentido y resumiendo con especial énfasis el rol del poder Judicial, Bernardes afirma:

Los operadores de derecho, que integran las funciones esenciales de la justicia, pueden ser perpetradores de violaciones de derechos humanos reconocidos internacionalmente. Los argumentos comúnmente invocados para justificar las causas no intencionales de violación del deber de investigar, procesar y castigar a los responsables de las violaciones de derechos humanos, tales como el exceso en las acciones del poder Judicial, la falta de infraestructura adecuada, o falta de personal, no pueden ser utilizados para apartar la responsabilidad internacional del país [...]. (2011, p. 151, traducción propia)

Al respecto, conforme al artículo 3 del Proyecto de la CDI, la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional, por lo que un Estado “no puede ampararse en su forma federal de Gobierno o de Estado para incumplir con sus obligaciones internacionales” (Dulitzky, 2006, p. 13). En el mismo sentido, Nuño advierte que ni las dificultades adicionales que presenta la realidad de los Estados federales ni la propia división de poderes justifican bajo ningún punto de vista el incumplimiento por parte del Estado de las normas internacionales (2014, p. 910). Esta postura fue confirmada por la Corte Internacional de Justicia en el caso LaGrand:

Whereas the international responsibility of a State is engaged by the action of the competent organs and authorities acting in that State, whatever they may be; whereas the United States should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings; whereas, according to the information available to the Court, implementation of the measures indicated in the present Order falls within the jurisdiction of the Governor of Arizona; whereas the Government of the United States is consequently under the obligation to transmit the present Order to the said Governor; whereas the Governor of Arizona is under the obligation to act in conformity with the international undertakings of the United States¹¹.

Así mismo, para el caso de la CSJN, Dulitzky afirma que el tribunal argentino ha tomado una postura muy restrictiva respecto del rol que le corresponde en el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH porque asume que “estando en la esfera internacional, es el Ejecutivo nacional quien tiene la atribución de representar a Argentina por recibir constitucionalmente el ejercicio de la conducción de las relaciones exteriores de la nación”, de manera tal que en materia de cumplimiento de sentencias de tribunales internacionales “solo el Ejecutivo nacional puede decidir las consecuencias que podría traer aparejado el cumplimiento o incumplimiento de las recomendaciones y decisiones adoptadas por la Comisión y la Corte Interamericana” (2017, p. 483).

En suma, la teoría de la unidad orgánica del Estado impide eximir al poder Judicial de la obligación de cumplir las sentencias de la Corte IDH. Si bien en el marco del derecho interno del Estado la CSJN puede válidamente sostener la inaplicabilidad en su propio sis-

11 *LaGrand* (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, ICJ Reports, 1999, p. 28.

tema de ciertas medidas ordenadas por la Corte IDH, ello no implica que la responsabilidad internacional del Estado cese en el marco del derecho internacional. En efecto, para el derecho internacional el derecho interno es meramente un hecho. Así, por más que el derecho interno admita que la CSJN no acate una sentencia de la Corte IDH, la responsabilidad del Estado surgirá y subsistirá hasta tanto se ejecute completamente la sentencia (o hasta que la Corte IDH determine que se satisfizo el cumplimiento de las medidas ordenadas en ella).

La doctrina del margen nacional de apreciación

La doctrina del margen nacional de apreciación implica que los tribunales supranacionales den amplias libertades a los Estados respecto del modo de implementar las sentencias internacionales en el derecho interno. Como sostiene Cot, “[t]he margin of appreciation introduces a degree of flexibility into the operation of the law” (2007, punto 1). Esta doctrina ha sido ampliamente desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas sentencias son meramente declarativas, pues se basa en un esquema de mayor respeto a la soberanía estatal, compatible con la naturaleza de las sentencias que emite¹².

Rodríguez Rescia señala que, según el derecho internacional, “las obligaciones internacionales de los Estados son obligaciones de resultado”. En tal sentido, entiende que el Estado tiene un margen de discrecionalidad para determinar el modo de ejecución de una sentencia internacional (1997, p. 18). Por su parte, Urioste Braga considera que el cumplimiento de las sentencias es una “obligación de resultado”, para cuya implementación “el Estado debe eliminar los obstáculos que existan –derogar leyes, juzgar de nuevo, etc.– y al

12 Véase el artículo 46, inciso 1, del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Allí se establece que los Estados se “comprometen a acatar” las sentencias definitivas. Véase también Rodríguez Rescia (1997, p. 22).

mismo tiempo dictar lo que sea necesario, para poder cumplir con la obligación internacional”, incluso al punto de “establecer las disposiciones que permitan la revisión de los fallos que sean contrarios a la Convención” (2002, p. 194). Adicionalmente, Crawford advierte que en el Proyecto de la CDI *“the distinction between obligations of conduct and obligations of result was not retained”* (2013, p. 224).

La Corte Internacional de Justicia se refirió al margen nacional de apreciación para la ejecución de sus sentencias en el caso Avena, relativo a la violación de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963. Al respecto, señaló que si bien en el caso LaGrand estableció que

the United States of America, by means of its own choosing, shall allow the review and reconsideration of the conviction and sentence¹³, [...] this freedom in the choice of means for such review and reconsideration is not without qualification: [...] [it] has to be carried out “by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention” [...]; including, in particular, the question of the legal consequences of the violation upon the criminal proceedings that have followed the violation¹⁴.

Respecto al caso Fontevecchia, en el procedimiento de supervisión de cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH hizo referencia a la medida relativa a “dejar sin efecto” una decisión judicial interna y, al respecto, dejó sentado que correspondía al Estado condenado “identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por este Tribunal” (Corte IDH, 2017, pár. 16). Es decir que, si bien la CSJN interpretó que la CIDH

13 *LaGrand* (Germany v. United States of America), Provisional Measures, pár. 128.

14 *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), Judgment, ICJ Reports, 2004, pár. 131.

le ordenaba revocar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada según el derecho interno, en su resolución de supervisión de cumplimiento la Corte IDH explicó que dejaba a consideración del Estado –en particular, de la CSJN– el modo de ejecución de esa orden, admitiendo así mismo la adopción de todas las “medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole [que fueran] necesarias” (Corte IDH, 2011b, pár. 105).

En línea con ello, para evitar los incumplimientos que se producen cuando la ejecución y el cumplimiento de la sentencia dependen de más de un órgano estatal, diversos autores recomiendan a los Estados establecer mecanismos de coordinación entre sus órganos a fin de unificar el procedimiento y minimizar las situaciones en las que pueda generarse la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias de tribunales internacionales (véase Basch *et al.*, 2010, p. 30). En este mismo sentido, Rodríguez Rescia resalta que sería conveniente que los Estados previeran mecanismos específicos y más expeditivos para la ejecución de sentencias internacionales. Como ejemplo, cita las iniciativas de dos Estados americanos (Colombia y Perú) que adoptaron ciertas disposiciones para el cumplimiento de resoluciones de organismos internacionales de protección de los derechos humanos (1997, p. 35).

La Corte IDH como cuarta instancia

La naturaleza subsidiaria del SIDH “garantiza que frente a la denegación de justicia por parte de los Estados, los individuos tengan otra instancia a la cual acudir para hacer valer sus derechos”. Es decir que se trata de una instancia adicional para asegurar la protección de las personas y su dignidad humana (véase Anzola, Sánchez y Urueña, 2014, p. 7).

En opinión de Bidart Campos, el proceso judicial internacional “no implica una instancia de apelación revisora de la previa sentencia argentina”. Entre otras razones, porque se trata “de un ‘nuevo juicio’” que no guarda identidad con el proceso a nivel interno –en el cual la Corte IDH evalúa y decide sobre “*la interpretación y aplicación de la Convención*”, para determinar si el Estado cometió violaciones

a las obligaciones de la CADH—, y donde no se vuelve a analizar la sentencia del tribunal nacional (2008, p. 557). En tal sentido, no sería pertinente referirse a la instancia internacional como una “cuarta instancia”.

A este respecto, en el caso *Genie Lacayo*, la Corte IDH resaltó que ella no reviste el carácter de tribunal de casación o de apelación de los jueces nacionales y que sus pronunciamientos solo pueden constatar violaciones a la Convención, pero sin tener competencia para subsanar esos incumplimientos en el ámbito interno (Corte IDH, 1997, pár. 94). En ese sentido, Abramovich (2017) explica que la “fórmula de la cuarta instancia se refiere simplemente a que la Corte Interamericana no revisa el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho nacional si actuaron respetando el debido proceso y se trata de tribunales independientes e imparciales”. No obstante, lo que sí examina la Corte IDH es si una decisión judicial vulneró la CADH, y esto no se ve afectado por el hecho de que la sentencia objetada haya sido emitida por el máximo tribunal local.

Atendiendo a las críticas de la doctrina de la cuarta instancia, la CSJN hizo referencia a este argumento en el caso *Fontevicchia* y estableció una distinción entre su competencia como tribunal supremo nacional y la Corte IDH. En ese sentido, resaltó el necesario “diálogo jurisprudencial” entre ambos organismos y reconoció “a la Corte IDH como último intérprete de la CADH¹⁵ y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina” (CSJN, 2017¹⁶; Constitución nacional argentina, arts. 116 y 117.) De ese modo, justificó la imposibilidad jurídica de cumplir con lo ordenado por la Corte IDH, amparándose en el respeto irrestricto a los principios constitucionales del país.

Por su parte, la Corte IDH respondió a este argumento confirmando que no reviste el carácter de instancia revisora de las de-

15 Art. 62(1 y 3).

16 Voto del Dr. Rosatti, cons. 8.

cisiones nacionales. No obstante, destacó que “las decisiones de los máximos tribunales internos pueden acarrear la responsabilidad internacional de los Estados” (Corte IDH, 2017, pár. 31), por lo que al pronunciarse sobre sentencias internas no actúa como tribunal de alzada, sino que constata posibles violaciones a los derechos humanos u obligaciones internacionales previstas en la CADH.

La fuente de la obligación y el mecanismo para exigir el cumplimiento

Resulta importante distinguir cuál es la obligación primaria (en este caso, la CADH) y cuál es la secundaria (en particular, la obligación de cumplir las sentencias de la Corte IDH), pues ello permitirá determinar de qué tipo de responsabilidad se trata y cuáles son las consecuencias que se derivan del incumplimiento. En ese sentido, Rodríguez Rescia afirma: “Se ha dicho que la inejecución de una sentencia internacional supone, no la violación de dicha sentencia, sino de una obligación internacional suplementaria: dar aplicación de buena fe a ese fallo” (1997, p. 19). Así, en este caso en particular, el incumplimiento que generaría la responsabilidad internacional del Estado por un hecho ilícito internacionalmente sería el incumplimiento de la CADH. Ello sería correcto en un marco donde la ejecución de las sentencias se evaluara desde una perspectiva binaria (cumplida/no cumplida), pero debatible en un marco de reparaciones complejas, que involucran una serie de medidas diversas, con una cierta ambigüedad que deja abierto un margen de apreciación para el Estado condenado.

A pesar de que a través de la CADH los Estados se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte IDH, no existe un mecanismo por el cual este tribunal internacional pueda compelerlos a cumplir la totalidad de las medidas ordenadas en las sentencias. Como advierte Warioba, “*international courts do not have power of enforcement because there is no world executive similar to national governments*” (2001, p. 49). En efecto, la CADH establece un mecanismo de comunicación entre la Corte IDH y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) para el señalamiento de los

“casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos” (art. 65) –de manera que esta última tendría potestad para tomar acciones contra los Estados incumplidores–. A su vez, el Estatuto de la Corte IDH también contempla la posibilidad de que esta someta “proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte” (art. 30). Sin embargo, en la práctica no se han impuesto desde el marco de la OEA medidas para obligar a los Estados condenados al cumplimiento de las decisiones ordenadas en una sentencia¹⁷, lo que sugiere que este mecanismo no ha tenido la efectividad deseada (véase Huneeus, 2013, p. 450).

En todo caso, como advierte González-Salzberg, la CADH no le otorga a la Asamblea General de la OEA poderes expresos para imponer sanciones en supuestos de incumplimiento (2011, p. 132). En línea con ello, como señala Warioba, “*at the international level [...] there is no certainty that binding decisions of international courts can be complied with and there is no machinery for enforcement*” (2001, p. 41). De esa manera, aunque exista responsabilidad internacional por el incumplimiento de las sentencias de un tribunal internacional, en la práctica no se derivan ningún efecto o consecuencia inmediatos¹⁸. Según señala Huneeus, la falta de cumplimiento de las sentencias

17 Véase el voto razonado del juez Manuel E. Ventura Robles en el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas)* (Corte IDH, 2005, pár. 26), en el que describe el procedimiento de comunicación entre la Corte y la Asamblea General de la OEA. Allí la Corte IDH señala que, como los informes se adoptan por consenso, “basta que el Estado que la Corte menciona como sujeto de un incumplimiento se oponga a que se le exhorte en la resolución a informar a la Corte sobre el cumplimiento de la sentencia [...] para que no llegue a ser conocido y, menos, deliberado por la Asamblea General”.

18 Este debate respecto de la efectividad del derecho internacional es de larga data y, si bien no se circunscribe al ámbito del cumplimiento de sentencias de tribunales internacionales –por el contrario, lo excede largamente–, se ve exacerbado en situaciones como la que se analiza en este capítulo. Véase Koh (1997, pp. 2599-2659).

internacionales resulta de particular importancia en el IDH: *“A human rights court that presides over a region where the rule of law is, by many accounts, not fully entrenched, should push for compliance with its own rulings as a way of constructing a rule-of-law practice and culture”* (2011, p. 506). Por estas consideraciones, y retomando las ideas desarrolladas en párrafos anteriores sobre la efectividad de las sentencias y la eficacia de la institución, tal vez sería conveniente que la Corte IDH replanteara el tipo de medidas que ordena a la luz de las falencias en los procedimientos de ejecución de sentencias internacionales en los derechos internos y del impacto real de estas dentro de los Estados.

Respecto del mecanismo para asegurar el cumplimiento de sus sentencias, y atendiendo a la complejidad de las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH, se ha requerido una labor adicional por parte del tribunal: la supervisión del cumplimiento de las sentencias. Conforme al Reglamento de la Corte IDH, este seguimiento se lleva a cabo “mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes” (art. 69(1)). Además, el tribunal puede requerir “a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento” (art. 69(2)). A la fecha en la que se escribe este capítulo, existen 171 casos en supervisión¹⁹. Al respecto, Herencia Carrasco advierte una posible sobrecarga de trabajo y, por otra parte, señala que el tribunal internacional tiene como desafío “concebir un nuevo esquema de reparaciones que pueda equilibrar los derechos individuales de la víctima con la importancia de que los Estados adopten medidas para evitar que en su territorio vuelvan a ocurrir graves violaciones a los derechos humanos” (2011, p. 401). No obstante, los largos procesos de supervisión se deben a la resistencia de los Estados, y la solución no estaría en inhibir a la Corte IDH de ordenar tales reparaciones, sino en incrementar su capacidad de trabajo (Steiner y Uribe, 2014, p. 846).

19 Información disponible en la página de la Corte IDH: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm

En ese sentido no debe perderse de vista que, como señala Warioba, el derecho internacional es un sistema *compliance-based*, en lugar de *enforcement-based* (2001, p. 50), por lo cual la Corte IDH necesita la concurrencia de la voluntad de los Estados para asegurar el adecuado cumplimiento de sus sentencias.

La viabilidad del cumplimiento de la sentencia en el derecho interno

La viabilidad del cumplimiento por parte de la CSJN de la medida ordenada por la Corte IDH en el caso Fontevecchia fue puesta en tela de juicio en el voto separado del juez Rosatti. En efecto, Rosatti sostuvo que “la viabilidad de su cumplimiento [de la sentencia de la Corte IDH] debe ser analizada a la luz de las posibilidades que brinda nuestro sistema jurídico” y, más adelante, agregó que “la orden del tribunal internacional [...] encuentra un obstáculo insalvable en disposiciones constitucionales que esta Corte Suprema no puede desatender y por cuya protección debe velar” (CSJN, 2017²⁰).

Sin embargo, en el derecho internacional está ampliamente sustentado que un Estado no puede deslindarse de la responsabilidad internacional por el incumplimiento de una obligación internacional alegando la imposibilidad de cumplimiento jurídico a causa de la incompatibilidad de su derecho interno con el derecho internacional. Así, aunque Argentina no cuente en su derecho interno con un procedimiento de ejecución de sentencias de tribunales internacionales que determine la actuación del poder Judicial en su conjunto –incluyendo los tribunales superiores e, incluso, la CSJN–, ello no obsta que la sentencia siga siendo obligatoria (por más que, en la práctica, su ejecución se torne difícil).

Como se adelantó, efectivamente no existe en la normativa argentina un procedimiento legal para la ejecución de sentencias de

20 Voto del Dr. Rosatti, cons. 4.

tribunales internacionales. En la práctica, las sentencias de la Corte IDH son tratadas en una primera etapa por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, que las evalúa para determinar a qué órgano corresponde el cumplimiento de cada medida ordenada. Determinado esto, la Secretaría impulsa el cumplimiento con las agencias involucradas dependiendo de las reparaciones ordenadas. Así, si se ordenara el cese de una política de Estado violatoria de derechos humanos, el canal apropiado para cumplir sería el poder Ejecutivo; si la reparación consistiera en una reforma legislativa, el poder Legislativo sería el órgano del Estado encargado de su implementación; y si la medida implicara la revocación de una sentencia de la CSJN, se trasladaría la sentencia a ese tribunal para su cumplimiento²¹.

Sin perjuicio de ello, al igual que en otros países del continente, la falta de un procedimiento legal establecido ha resultado problemática²² y, en consecuencia, se han presentado seis proyectos de ley reglamentarios del procedimiento²³, los cuales no han alcanzado el consenso necesario para su sanción legislativa. Según señala Krsticevic, algunos de estos proyectos preveían mecanismos que comprendían la implementación tanto de las decisiones de la Comisión como de la Corte Interamericana, y que consideraban las indemnizaciones compensatorias y medidas de reparación, entre otras cuestiones.

21 Sobre este particular, las autoras desean agradecer la información brindada por el profesor Siro de Martini (h) respecto de la práctica del Estado argentino para la ejecución de las sentencias de tribunales internacionales.

22 Al respecto, numerosos autores destacan los “vaivenes” que ha tenido la CSJN a la hora de implementar las sentencias de la Corte IDH, pues en algunos casos las ha ejecutado sin inconvenientes y en otros se ha negado a hacerlo, en el entendimiento, por ejemplo, de que es la intérprete final de la constitución nacional. Véanse Sacristán, 2017; Santiago, 2012; Di Corleto, 2007, p. 113; González-Salzberg, 2011, pp. 127-129.

23 Al respecto, véase Krsticevic, 2007, pp. 78-81. Respecto de los proyectos de ley, véanse Krsticevic y Tojo, 2007, pp. 163-180, y <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/074/597/000074597.pdf>.

También buscaban facilitar la ejecución de las sentencias internacionales a través de la coordinación entre distintos actores nacionales, tales como representantes del Ejecutivo, ministros y el Defensor del Pueblo, o bien mediante la incorporación de reformas procesales para habilitar vías judiciales específicas (2007, pp. 78-81).

En la actualidad, Argentina tiene apenas tres casos que la Corte IDH ha dado por totalmente cumplidos y doce cuyo cumplimiento aún está siendo supervisado, con cuarenta y siete reparaciones todavía pendientes. El más antiguo de ellos data del año 1998²⁴.

Conclusiones

En este capítulo se ha buscado contestar una serie de preguntas surgidas del análisis del caso *Fontevicchia* y sus antecedentes. Algunas de ellas han encontrado respuesta, mientras que otras quedan abiertas para una continuación del debate.

La primera pregunta que surgió del contraste del marco jurídico con el análisis de los casos fue si el poder Judicial, y la CSJN en particular, están obligados a cumplir las sentencias de la Corte IDH. La respuesta es afirmativa, pues por más que la CSJN sea el “guardián de la constitución nacional” y la cabeza del poder Judicial, subsiste su calidad de órgano del Estado. En consecuencia también está sometida, como cualquier otro órgano o poder, a las obligaciones de derecho internacional por las cuales el Estado se encuentra obligado, en virtud de la teoría de la unidad orgánica del Estado.

La segunda pregunta se refiere a si es relevante para el derecho internacional público que no exista un procedimiento interno de ejecución de sentencias de tribunales internacionales. La respuesta es negativa. En efecto, por más que esta laguna en el derecho interno pueda tener algún tipo de efecto atenuante respecto de la importan-

24 Información disponible en la página de la Corte IDH: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm

cia o gravedad del hecho u omisión que provoca la responsabilidad internacional del Estado, la falta de un procedimiento interno no exime de ninguna manera al Estado de la obligación internacional de cumplimiento. Esto en virtud del artículo 2 de la CADH, sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, referido al derecho interno y la observancia de los tratados.

La tercera pregunta se refiere directamente a la cuestión central de este trabajo: determinar cuál era la obligación sustantiva contenida en la medida establecida en la sentencia de la Corte IDH que ordenaba dejar sin efectos el fallo de la CSJN, y si consistía efectivamente en revocar la sentencia o solo en que cesaran sus efectos. Al respecto, es valiosa la interpretación del cumplimiento de las sentencias de tribunales internacionales como un “concepto *relacional*”, en el cual no hay un esquema binario de cumplimiento/no cumplimiento sino un abanico de posibilidades en el medio (Taylor y Kapiszewski, 2010, pp. 21 y ss.). En este punto la respuesta no resultó tan clara y comportó la apertura de un debate que incluyó cuestiones tales como el margen de apreciación nacional y la evaluación de la resolución de supervisión de cumplimiento, en la cual la Corte IDH afirmó que el Estado tiene otras maneras para ejecutar el cumplimiento de todas las medidas ordenadas por ella²⁵.

En ese sentido, un problema que la Corte IDH ha encontrado a la hora de que la CSJN ejecute sus sentencias es que esta última puede oponerse a su implementación por ver afectada su calidad de tribunal supremo en el derecho interno. Por ello, en sintonía con Huneeus, sería más efectiva una estrategia de la Corte IDH que apele a los tribunales superiores, en vez de enajenarlos y oponerse frontalmente a su trabajo, para lograr un mayor porcentaje de cumplimiento de sus sentencias. En ese sentido, no debe dejarse de lado la consideración de cuestiones ajenas o que exceden lo meramente jurídico, por

25 Este punto está desarrollado en el considerando 16 de la sentencia del 18 de octubre de 2017.

ejemplo, como sostienen Taylor y Kapiszewski: “[...] *unlike judges, politicians do not usually have to justify their decisions (including those involving compliance with judicial rulings) in writing, making it more challenging to figure out why they complied to the degree and at the speed that they did*” (2010, p. 29). Así, el juez está más expuesto a críticas y eventuales sanciones porque tiene que justificar su actuación en el marco legal bajo el cual se desenvuelve. Si bien se puede decir que su actuación está amparada por la obligatoriedad de la sentencia internacional que ejecuta, la falta de procedimientos establecidos comporta, en la práctica, que no resulte claro que no será responsable a nivel personal por apartarse de la norma interna que rige su actividad.

Como señala Huneeus, “[i]f the Court is more respectful of high courts, they, in turn, will look on the Court more favorable, making them more likely to implement the Court’s (now less intrusive) orders, and to bring its jurisprudence into the national realm” (2013, pp. 525). En ese sentido, en el caso que motivó estas páginas, la Corte IDH terminó por admitir en su más reciente resolución de seguimiento de cumplimiento:

En el presente caso, al tratarse de una sentencia civil que no queda constando en registros de antecedentes de delincuentes, el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de las páginas web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana. (2017, pár. 21)

Con esta afirmación de la Corte IDH pareciera atenuarse el incumplimiento del Estado por la no revocación de la sentencia de la CSJN, como había sido ordenado en la sentencia original de la Corte IDH y, por consiguiente, disminuir o desaparecer la situación que habría generado la responsabilidad internacional del Estado.

Por lo tanto, la cuarta pregunta por responder es: ¿la Argentina incurrió en responsabilidad internacional al declarar que *no podía* revocar su sentencia? A nuestro entender, la Corte IDH tácitamente admitió que la revocación no era el único medio para dar cumplimiento a su sentencia. En consecuencia, si la Argentina cumplió con la adopción de medidas alternativas para hacer cesar los efectos de la violación, no existiría responsabilidad internacional, pues esa medida de reparación ordenada por la sentencia de la Corte IDH habría sido cumplimentada.

Queda para el debate la pregunta general sobre si lo relevante para atribuir responsabilidad internacional al Estado por incumplimiento de sentencias es verificar el incumplimiento de la forma en que estas deben ser ejecutadas o el contenido de las medidas ordenadas –esto es, el aspecto sustantivo–. De esta manera, podría hablarse de la inexistencia de responsabilidad internacional cuando el Estado ha ejecutado el fondo de las medidas y cumplido el objetivo de la sentencia. En línea con ello, en el caso *Fontevicchia*, si bien la CSJN no revocó la sentencia según había sido ordenado originalmente por la Corte IDH, sí habría cumplido el objetivo de la medida, que implicaba dejar sin efectos la sentencia civil, pues en la práctica ya carecía de ellos. Podría sostenerse entonces que, pese a la opinión de la Corte IDH en sus resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias, el Estado argentino no ha incurrido en responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito.

Referencias

Abramovich, V. (2017). *Comentarios sobre “Fontevicchia”. La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino*. Centro de Justicia y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús. Disponible en: <http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2017/02/58ab010a10d4c.pdf>

- Anzola, S., Sánchez, B. E. y Urueña, R. (2014). Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología. En: L. Burgorgue-Larsen, A. Maués y B. E. Sánchez Mojica (coords.), *Derechos humanos y políticas públicas* (pp. 447-517). Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Basch, F., Filippini, L., Laya, A., Nino, M. y Schreiber, B. (2010). La efectividad del sistema interamericano de protección de derechos humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones. *SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 7, 12, 9-35.
- Bernardes, M. N. (2011). Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. *SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 8, 15, 134-156.
- Bidart Campos, G. J. (2008). *Manual de la Constitución reformada*, t. III. Buenos Aires: EDIAR.
- CDI, Comisión de Derecho Internacional (2001). *Artículos sobre responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos con comentarios*. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, vol. II.
- - -. (2002). *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53.º período de sesiones (A/56/10). Resolución 56/83 del 12/12/2001, Doc. A/RES/56/83, 28/01/2002.
- Condorelli, L. y Kress, C. (2010). The Rules of Attribution: General Considerations. En: P. Alston y V. Lowe (eds.), *The Law of International Responsibility* (pp. 221-236). Oxford: Oxford University Press.
- Cot, J.-P. (2007). Margin of Appreciation. En: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*.
- Crawford, J. (2013). *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Di Corleto, J. (2007). El reconocimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. En: V. Krsticevic y L. Tojo

- (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales* (pp. 113-126). Buenos Aires: CEJIL.
- Dulitzky, A. (2006). Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los sistemas federales. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina. En: V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década* (pp. 5-52). Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales CELS.
- . (2017). *Derechos humanos en Latinoamérica y el sistema interamericano. Modelos para (des)armar*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- González Napolitano, S. et al. (2013). *La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general*. Avellaneda: SGN Editora.
- González-Salzberg, D. A. (2010). The Effectiveness of the Inter-American Human Rights System: A Study of the American States' Compliance with the Judgments of the Inter-American Court of Human Rights. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, 115-142.
- . (2011). La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 8, 15, 116-135.
- Huneus, A. (2011). Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, 44, 3, pp. 494-533.
- . (2013). Compliance with Judgments and Decisions. En: K. J. Alter, C. Romano y Y. Shany (eds.), *Oxford Handbook of International Adjudication* (pp. 437-483). Oxford: Oxford University Press.
- Koh, H. H. (1997). Why Do Nations Obey International Law? *The Yale Law Journal*, 106, 8, 2599-2659.

- Krsticevic, V. (2007). Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En: V. Krsticevic y L. Tojo (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales* (pp. 15-112). Buenos Aires: CEJIL.
- Krsticevic, V. y Tojo, L. (coords.) (2007). *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: CEJIL.
- Momtaz, D. (2010). Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority. En: P. Alston y V. Lowe (eds.), *The Law of International Responsibility* (pp. 237-246). Oxford: Oxford University Press.
- Nuño, A. (2014). Artículo 65. En: C. Steiner y P. Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (pp. 889-913). Bolivia: Konrad Adenauer Stiftung.
- Palacio de Caeiro, S. B. (2017). El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Ley*. Disponible en: [AR/DOC/498/2017](http://ar/doc/498/2017).
- Rivier, R. (2010). Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: Inter-American Mechanisms. En: P. Alston y V. Lowe (eds.), *The Law of International Responsibility* (pp. 739-761). Oxford: Oxford University Press.
- Rodríguez Rescia, V. M. (1997). *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: IJSA.
- Sacristán, E. B. (2017). Ejecutando sentencias de la CIDH. Una contestación de oficio muy especial. *El Derecho Constitucional*, 14145, sección VII.
- Santiago, A. (2012). La relación jerárquica entre la constitución nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Supremacía constitucional y primacía normativa. En: E. L. Palazzo (dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario* (pp. 53-89). Buenos Aires: El Derecho.

- Steiner, C. y Uribe, P. (eds.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Konrad Adenauer Stiftung.
- Stern, B. (2010). The Elements of an Internationally Wrongful Act. En: P. Alston y V. Lowe (eds.), *The Law of International Responsibility* (pp. 193-220). Oxford: Oxford University Press.
- Taylor, M. M. y Kapiszewski, D. (2010). *Compliance: Conceptualizing and Theorizing Public Authorities' Adherence to Judicial Rulings*. (Very early draft), prepared for presentation at the Annual Meeting of the American Political Science Association. Washington, D. C.
- Urioste Braga, F. (2002). *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*. Montevideo: BdeF.
- Warioba, J. S. (2001). Monitoring Compliance with an Enforcement of Binding Decisions of International Courts. En: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5.

Tratados y otros documentos jurídicos

- Constitución Nacional de la República Argentina.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969).
- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950).
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979).
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001).

Sentencias e informes

- Comisión IDH. Informe de fondo 82/10, *Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico*, caso 12.5.
- Corte IDH. (1997). *Genie Lacayo vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 29 de enero de 1997.

- - -. (1998). *Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)*, sentencia de 29 de julio de 1988.
- - -. (2005). *Caesar vs. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 11 de marzo de 2005.
- - -. (2011a). *Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*, sentencia de 24 de febrero de 2011.
- - -. (2011b). *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 29 de noviembre de 2011.
- - -. (2015). *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina (Supervisión de cumplimiento de sentencia)*, resolución de 1.º de septiembre de 2015.
- - -. (2016). *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina (Supervisión de cumplimiento de sentencia)*, resolución de 22 de noviembre de 2016.
- - -. (2017). *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina (Supervisión de cumplimiento de sentencia)*, resolución de 18 de octubre de 2017.
- - -. Informe Anual 2016.
- Corte Internacional de Justicia (1999). *LaGrand* (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, ICJ Reports.
- - -. (2004). *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), Judgment, ICJ Reports.
- - -. (2007). *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports.
- CSJN, Corte Suprema de Justicia de la Nación (2001). M. 368. xxxiv, *Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil s. A. y otros s/ daños y perjuicios-sumario*, 25 de septiembre de 2001.
- - -. (2017). 368/1998 (34-M)/CS1, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 14 de febrero de 2017.

Índice analítico y onomástico

| 269 |

- Abramovich, Víctor 254
- Asamblea General de la OEA 255-256
- Basch, Fernando 246, 247, 253
- Bernardes, Marcia Nina 249
- Bidart Campos, Germán J. 253-254
- CADH *véase* Convención Americana de Derechos Humanos
- Centro de Información Judicial 262
- CIDH *véase* Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Comisión de Derecho Internacional de la ONU 237
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos 242, 252-253
- Condorelli, Luigi 238
- constitución argentina 241, 243, 254, 259, 260
- Convención Americana de Derechos Humanos 240, 242-243, 244, 245-246, 249, 254, 255-256, 261, 262
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados 261
- Convención de Viena sobre relaciones consulares 252
- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales 251
- Corte IDH *véase* Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos 235, 236, 240-241, 242-243, 244, 245, 260-263
 - como cuarta instancia 243, 244-245, 253-255
 - cumplimiento de sus sentencias 255-258
 - efectividad 245-248
 - eficacia de sus sentencias 245-248
 - y derecho interno 258-260
 - y margen nacional de apreciación 251-253
 - y unidad orgánica del Estado 248-251
- Corte Internacional de Justicia 249-250, 252
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 236, 241-245, 250-254, 258-263
- cosa juzgada 236, 243, 248, 253
- Cot, Jean-Pierre 251
- Crawford, James 239, 248, 249, 252

CSJN *véase* Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
cuarta instancia, teoría de la 243, 253-255

Dulitzky, Ariel 248, 249, 250

Estado, responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos 236-241, 248

Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina
 antecedentes 241-245
 viabilidad del cumplimiento de la sentencia en el derecho interno 258-260
 y la Corte IDH como cuarta instancia 253-255
 y margen nacional de apreciación 251-253
 y unidad orgánica del Estado 248-251

González Napolitano, Silvina 237

González-Salzberg, Damián A. 246

Herencia Carrasco, Salvador 257

Huneus, Alexandra 246, 247, 256-257, 261, 262

Kapiszewski, Diana 261

Kress, Claus 238

Krsticevic, Viviana 259

libertad de expresión 241-242

margen nacional de apreciación, doctrina del 251-253

Menem, Carlos Saúl 241-242

Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina 243

Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte IDH 236

Momtaz, Djamchid 239

Nuño, Alejandra 249

OEA *véase* Organización de Estados Americanos

Organización de Estados Americanos 256

Rivier, Raphaële 240

Rodríguez Rescia, Víctor Manuel 245, 249, 251, 253, 255

Rosatti, Horacio 254, 258

Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos 237-240, 248, 249, 252

Proyecto de la CDI véase Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de Argentina
259

SIDH *véase* sistema interamericano de protección de derechos humanos
sistema interamericano de protección de derechos humanos 240, 247, 248,
253, 257

Stern, Brigitte 238, 239, 248

Taylor, Matthew M. 261

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos 251

unidad orgánica del Estado, teoría de la 248-251, 260

Urioste Braga, Fernando 251

Warioba, Joseph Sinde 255, 256, 258

CAPÍTULO IX

Responsabilidad internacional y crisis humanitaria. Venezuela: camino al colapso

Valeria Garbin Manfredini (Venezuela)

Introducción

Cada vez es más difícil negar la crítica situación que vive Venezuela: el país sufre una grave escasez de suministros médicos, medicinas, alimentos y productos básicos que lo ha sumergido en una crisis humanitaria. El gobierno venezolano ha negado continuamente la existencia de la crisis, y ha sido poca la ayuda internacional puesta en marcha para aliviarla. Distintas organizaciones reportan violaciones a los derechos humanos (ONU, 2018) y una crisis económica y social cercana al colapso, en medio de una inestabilidad política que ha impedido la ejecución de medidas que revertan la situación.

Este artículo se enfoca en indagar cuál ha sido el camino por el cual Venezuela llegó a su estado actual. La crisis venezolana es compleja y multicausal, y sería irresponsable afirmar que se la puede explicar en el presente texto; sin embargo se tratará de dar luces, al menos de forma sumaria, sobre los diferentes procesos económicos y políticos que llevaron a la crisis actual, crisis que pone en riesgo los derechos de la población venezolana (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

En primer lugar, y a fin de entender por qué es importante el objeto de estudio de este trabajo, se presentará el contexto venezolano, describiendo la situación económica y social que ha llevado a su caracterización como crisis humanitaria (OEA, 2018). Seguidamente, se describirán los diferentes procesos que desencadenaron el escenario venezolano actual, analizando las decisiones económicas y políticas del régimen iniciado por Hugo Chávez y continuado por Nicolás Maduro. Además, se buscará establecer la conexión entre la crisis y sus causas, por un lado, y el concepto de responsabilidad del Estado y la responsabilidad de proteger de la comunidad internacional, por el otro.

Las conductas objeto de los informes citados corresponden a las de un Estado que no encuentra resistencia política o jurídica al no cumplimiento de sus obligaciones, pues los pesos y contrapesos han sido desmantelados durante sus casi dos décadas en el poder. La comunidad internacional, tímida para actuar en el caso venezolano, no ha ayudado a revertir la situación, y cada día que pasa la crisis se profundiza y la calidad de vida de los venezolanos desaparece.

La crisis humanitaria en Venezuela

Para entender por qué es importante analizar el proceso por el cual el Estado venezolano ha llegado a su estado actual, es necesario entender la magnitud de la crisis. La situación en Venezuela ha empeorado sustancialmente en los últimos años; desde la caída de los precios del petróleo en 2014, los problemas estructurales e institucionales del país se han puesto en evidencia. Si bien los primeros destellos de la crisis empezaron a verse a finales de la primera década del 2000, cuando ya se sentía la escasez de algunos productos básicos, el desplome petrolero destruyó cualquier ilusión de bienestar social que quedara todavía en el país.

La situación venezolana actual es considerada una crisis humanitaria. En 2016 Ban Ki-moon, entonces Secretario General de las Naciones Unidas, se refirió en esos términos a la situación del país, afirmando: “Las necesidades básicas no pueden ser cubiertas, como la

comida, el agua, la sanidad, la ropa, no están disponibles. Eso crea una crisis humanitaria en Venezuela. Toda esta situación es creada por la inestabilidad política” (Khan, 2016, traducción propia). Además, “el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el príncipe Zeid Ra’ad Al Hussein, manifestó en septiembre de 2016 que Venezuela ha experimentado un drástico deterioro en el disfrute de los derechos económicos y sociales, a la vez que se propaga el hambre y se produce un brusco deterioro en la atención de la salud” (Human Rights Watch, 2016, p. 4, traducción propia).

En 2017 la entonces embajadora de Estados Unidos ante la Organización de las Naciones Unidas, Nikki Haley, solicitó una reunión privada en el Consejo de Seguridad para discutir la crisis venezolana, afirmando: “En Venezuela observamos el borde de una crisis humanitaria. Manifestantes pacíficos han sido heridos, arrestados y asesinados por su propio gobierno. No hay medicina disponible, los hospitales carecen de abastecimiento y es difícil encontrar comida” (Alonso, 2017). Además, Estados Unidos impuso sanciones a mandatarios del régimen venezolano como mecanismo de presión para dar salida a la situación.

A pesar de alguna presión internacional, el gobierno venezolano no ha tomado las medidas correctivas necesarias para el alivio de la crisis, que ha negado en numerosas ocasiones. A manera de ejemplo, en 2016 bloqueó los esfuerzos de la oposición para aliviar el estado decadente del sistema de salud: “La Asamblea Nacional de Venezuela declaró una emergencia nacional en el sistema de salud. El 5 de abril de 2016, la Asamblea Nacional promulgó una ley para ‘atender la crisis humanitaria en salud’. Con esta legislación se permitiría al gobierno venezolano buscar asistencia internacional para responder a la crisis de salud. El 9 de junio la Corte Suprema la declaró inconstitucional” (OEA, 2016).

Varias organizaciones internacionales y no gubernamentales han llamado la atención sobre el deterioro de la calidad de vida de los venezolanos en los últimos años. Debido a la falta de cifras oficiales que den cuenta real de la situación, diferentes organismos se han dado a la tarea de levantar estadísticas y datos del estado de la economía y la situación social del país, que se muestran preocupantes.

El desencadenante principal de la crisis social está, por supuesto, relacionado con el bajo rendimiento económico del país en los últimos años. La inflación en Venezuela ha aumentado rápidamente, alcanzando un alarmante 800 % en 2016 (en 2015 fue del 180 %; en 2014, del 68,5 %, y en 2013, del 56 %), 1500 % en 2017, y el FMI esperaba que aumentara a 1.000.000 % a finales de 2018. Solo como un ejemplo, en junio de 2017 un dólar a la tasa del mercado negro se encontraba alrededor de los 8.000 bolívares, y en noviembre del mismo año ya superaba los 40.000 (según datos de Dolartoday.com).

Desde el estallido de la crisis, y como mecanismo (erróneo) para combatir la inflación, el gobierno ha aumentado el salario mínimo en numerosas ocasiones. En 2016 el presidente Maduro modificó el salario mínimo cuatro veces, y para el 1.º de noviembre de 2017, lo había subido ya cinco veces ese año. El problema es que, a pesar de estos aumentos, el salario representa menos de 50 dólares en la tasa de cambio oficial fluctuante (pero controlada por el gobierno), y menos aún en la tasa del mercado negro: menos de 10 dólares¹. Con los precios aumentando a diario, las modificaciones a los salarios no son suficientes, y han ayudado a alimentar la inflación y la devaluación del bolívar.

El crecimiento económico de Venezuela ha sido negativo en los últimos años: -3,9 % en 2014, -5,7 % en 2015, -23 % en 2016 y -38% en 2017, según números preliminares del bcv (Banco Central de Venezuela). La producción nacional también ha disminuido, y la productividad nacional está aproximadamente a la mitad de su capacidad. Venezuela ha aumentado sus importaciones de forma con-

1 El aumento de noviembre de 2017 fijó el salario integral mensual en 456.507 bolívares (177.507 de salario mínimo más 279.000 de bonos de alimentación). Para el 9 de noviembre, el cambio oficial DICOM (Divisas de Tipo de Cambio Complementario Flotante de Mercado) estaba valorado a 11,311 bolívares, tasa en la cual el salario integral representaba alrededor de 40 dólares. La tasa del mercado negro para el mismo día se encontraba en 49,830 bolívares, en la cual el salario integral representaba 9 dólares (datos de Dolartoday.com).

siderable: “En 1999, durante el primer año de Hugo Chávez en el poder, las importaciones ascendieron a USD 14.49 mil millones, y el año pasado (2012) alcanzaron USD 59.33 mil millones, un aumento del 309 %” (Barreiro, 2013). Durante los años de bonanza petrolera, el Estado se apoyó en las importaciones para mantener la estabilidad, pero con la caída de los precios del petróleo la dependencia de las importaciones se hizo insostenible y la escasez de productos se agravó.

La crisis económica ha tenido fuertes consecuencias en la calidad de vida, el poder adquisitivo y la posibilidad de satisfacer las necesidades básicas de los venezolanos. En primer lugar, la situación precaria del sistema de salud ha permitido calificar el escenario venezolano como de crisis humanitaria. De acuerdo con un informe presentado por Human Rights Watch,

el sistema de salud de Venezuela está inmerso en una escasez de medicamentos y otros insumos médicos básicos que generó un marcado deterioro de la calidad y la seguridad de la atención en los hospitales que fueron visitados por Human Rights Watch. Esta escasez se ha agravado desde 2014, según entrevistas con profesionales de atención de la salud y pacientes e información publicada por organizaciones profesionales, académicas y no gubernamentales. (2016, p. 8, traducción propia)

La mortalidad infantil ha aumentado rápidamente: “En los primeros cinco meses de este año (2016) –el último período para el cual hay estadísticas gubernamentales disponibles–, 4.074 bebés en Venezuela murieron antes de llegar a un año, un 18,5 % más que en el año anterior y más del 50 % en ese período en 2012” (Schaefer, 2016). De 2015 a 2016, la mortalidad materna aumentó en 65,79 %, según los datos oficiales (García, 2017). Por otro lado,

una encuesta independiente realizada por una red de más de 200 médicos en agosto de 2016 determinó que el 76 por ciento de los hospitales públicos no tienen los medicamentos básicos que, según aseveraron los médicos, deberían estar

disponibles en cualquier hospital público en funcionamiento, incluidos muchos que figuran en la Lista de Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS). (Human Rights Watch, 2016, p. 11, traducción propia)

Un informe realizado por el Observatorio de Salud de Venezuela “estima que menos del 10 % de los quirófanos, salas de emergencia y unidades de cuidados intensivos están en pleno funcionamiento. Afirmó que el 81 % [de los hospitales] carecen de material quirúrgico y el 70 % se queja de un suministro intermitente de agua (Watts, 2016b).

En 2016, durante la presentación del Secretario General de la OEA al Consejo Permanente, en la que se hizo un resumen de la situación venezolana, se afirmó:

Los servicios médicos se encuentran debilitados por el deterioro de la infraestructura, la falta de mantenimiento y actualización de los recursos y equipo técnico, lo que agrava todavía más la escasez de medicinas e insumos. Los pacientes que requieren tratamiento deben aportar todo: desde papel higiénico, jeringas, medicinas, hasta frazadas. Cuando se les acaban estos insumos se interrumpe su tratamiento. Las farmacias solo pueden surtir 7 de cada 100 medicamentos solicitados. (OEA, 2016)

En cuanto a la pobreza y el acceso a alimentos y productos básicos, la situación es igual de crítica: casi toda la población venezolana está luchando por satisfacer sus necesidades básicas. Sobre la base de diferentes encuestas realizadas en el país, Human Rights Watch afirma que “el 87 por ciento de los entrevistados –que, en su mayoría, pertenecían a hogares de bajos ingresos– tenían dificultades para comprar alimentos. Otra encuesta de una conocida consultora privada venezolana evaluó la disponibilidad de 42 artículos de primera necesidad [...] y determinó que, en las tiendas, había escasez del 74 por ciento de estos productos” (2016, p. 43, traducción propia).

Según la encuesta de condiciones de vida en Venezuela (Encovi 2016), el 82 % de los hogares venezolanos vivía en la pobreza

en 2016. En la misma encuesta, el 93 % de las personas dijo que sus ingresos no eran suficientes para comprar alimentos; el 32 %, que estaba comiendo dos o menos comidas al día, y el 72 % reconoció haber perdido peso involuntariamente. Desde 2016, Cáritas ha monitoreado diferentes regiones del país para estudiar los niveles de desnutrición infantil, y registró “hasta abril pasado (2017) un 11,4 % de desnutrición infantil que se presenta con casos graves que han perdido aproximadamente el 60 % del peso lo que implica una situación de ‘crisis’ según los parámetros de la Organización Mundial de la Salud (OMS)” (ABC, 2017).

Los datos oficiales –escasos y difícilmente accesibles– no son consistentes con los informes elaborados por organizaciones independientes. Según el gobierno, la pobreza ha aumentado, pero no en la magnitud que muestra la vida cotidiana. En los datos presentados por el INE (Instituto Nacional de Estadística), la pobreza fue de alrededor del 21 % en el último semestre de 2012, y la última cifra oficial disponible –primer semestre de 2015– fue de 33,1 %.

El camino a la crisis

Razones económicas, pero también políticas e institucionales, llevaron a Venezuela a la crisis actual. La dependencia petrolera y la injerencia del Estado en la economía, no ajenas al país, se profundizaron en la era del chavismo y son las principales razones económicas de la debacle. Desde 2003 Venezuela gozó del alza en los precios del petróleo; “durante el primer mandato de Chávez, se tomaron medidas que apuntaban a una mayor participación fiscal de la renta petrolera” (Dachevsky y Kornblihtt, 2017, p. 82, traducción propia). Al mismo tiempo, “más allá de una política fiscal y monetaria expansiva, Chávez implementó nacionalizaciones, controles de cambio y precios, lujosos contratos estatales y distribuciones sociales masivas destinadas principalmente a sus partidarios” (Corrales y Penfold, 2015, ubicaciones de Kindle 1048-1049, traducción propia).

Desde 2003 el control cambiario, implementado para apreciar la moneda, ha sido una constante en Venezuela, y ha establecido “una transferencia de poder adquisitivo a los sectores de importación a un

nivel tan alto que no podría cubrir toda la demanda social de productos importados” (Dachevsky y Kornblihtt, 2017, p. 87, traducción propia). Como el régimen limita el acceso a la moneda, y el gobierno controla quién consigue cambiar a una tasa favorable, el mercado negro comenzó a aumentar debido a la demanda, y la importación a la tasa estatal se convirtió en un negocio lucrativo. Como explica Steve Ellner, “los minoristas que venden mercancías importadas, independientemente de si el artículo se importó con dólares preferenciales, tienden a establecer precios sobre la base de la tasa de mercado abierto en lugar del oficial” (2014, traducción propia). Esto aumenta la corrupción, crea incentivos para importar y altera el mercado. Debido a la forma en que se gestiona la economía, el sector privado y la producción nacional se desalentaron. Por ejemplo, según Dachevsky y Kornblihtt (2017), la inversión privada disminuyó en 20 % entre 1998 y 2010.

Al control de cambio debe agregarse el control de precios, otra medida que alteró el mercado en forma negativa. En 2003, se decretaron precios fijos para los productos básicos, precios que el gobierno no ha podido ajustar a la inflación y a los reales de mercado, lo que afecta fuertemente la producción nacional y se convierte en una de las causas de la escasez. Esta medida, que se implementó para combatir la inflación y tratar de complacer a los seguidores del régimen, especialmente a las clases bajas, terminó perjudicando la disponibilidad de productos y a la población: muchas empresas no podían producir a estos precios fijos, y gracias a los incentivos para importar debidos a la sobrevaloración del bolívar, Venezuela se convirtió en dependiente de las importaciones impulsadas por el petróleo.

Además, desde la llegada de Chávez al poder las expropiaciones aumentaron, algunas veces sin la debida compensación, y muchas empresas se convirtieron en “socialistas”. Según Alfonso (2009, p. 41), “entre enero de 2005 y agosto de 2009, 147 empresas e inmuebles fueron expropiados y 19 compañías fueron ocupadas”. La productividad nacional recibió un duro golpe, y las empresas expropiadas tuvieron mucho que ver en este problema. En su libro *Gestión en rojo*, Richard Obuchi, Anabella Abadi y Bárbara Lira (2011) analizaron la producción de los negocios expropiados y concluyeron que la ma-

yoría de ellos representan gastos para el gobierno, ya que no alcanzan sus objetivos de producción.

Además, el gasto gubernamental se incrementó significativamente con el régimen: “En 2004 el gasto público alcanzó un sólido 26 por ciento del PIB [...] En 2006, los gastos del gobierno central superaron el 29 por ciento del PIB” (Corrales y Penfold, 2015, ubicaciones de Kindle 1182-1184, traducción propia). El régimen puso en funcionamiento un alto número de subsidios y programas sociales, utilizando la ganancia inesperada del petróleo para llevar a cabo su discurso populista y socialista y mantener a la mayoría de la población de su lado. Al igual que en muchos otros casos, estos programas no eran autosostenibles y no le daban al pueblo la oportunidad de desarrollarse. Cuando bajó el precio del petróleo y el gobierno perdió la capacidad de mantener estos programas, dejó con las manos vacías a una población acostumbrada a subsistir del gobierno.

Es evidente que las malas políticas económicas moldearon la dura situación económica que vive actualmente la población venezolana. Es fácil entender que la caída de los precios del petróleo haya podido derrumbar rápidamente una economía controlada que destruyó la producción nacional, que se volvió aún más dependiente de la renta petrolera y que no preparó al país para la caída de los precios. Pero la explicación económica resulta simple para un escenario tan complejo: existen causas políticas e institucionales que hacen parte fundamental del camino que desembocó en la catástrofe venezolana.

Cuando Hugo Chávez subió al poder en 1999, lo primero que hizo fue comenzar el proceso para cambiar la constitución, convocando una Asamblea Constituyente que aprobaría la nueva carta al final de ese primer año. Chávez desarrolló una campaña enérgica para el cambio de la constitución; según su discurso, todos los problemas que enfrentaba Venezuela eran culpa del último medio siglo de bipartidismo de elites y de la constitución de 1961 que rigió ese período. Su propuesta era cambiar a Venezuela cambiando el viejo modelo, y eso significaba cambiar la constitución. En una entrevista antes de las elecciones, Chávez afirmó: “Nosotros estamos convencidos, José Vicente, [de] que si no transformamos el marco político, ético, jurídico, que es verdaderamente la raíz de toda la problemática

nacional, aquí no habrá solución ni para la economía ni para la salud ni para la educación ni para nada, porque la madre de todas las crisis es la crisis ética, moral, jurídica, política, no hay Estado de derecho” (MINCI, 2014).

Es cierto que la nueva constitución transformó el marco político, pero no exactamente para fortalecer el Estado de derecho, pues implementó cambios que concentraron el poder en el Ejecutivo, iniciaron un proceso de transformación del régimen en un régimen híbrido, e incluso sentaron las bases para un Estado autoritario. Allan Brewer-Carías explica que esta constitución “se deriva de combinar el centralismo de Estado, el presidencialismo exagerado, la democracia partidista, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo que constituyen los elementos centrales diseñados para la organización del poder del Estado” (2010a, p. 90, traducción propia).

La concentración de poder es evidente si se analiza el texto constitucional en profundidad. El Presidente sigue siendo elegido por una mayoría relativa, aunque se recomendó durante mucho tiempo la mayoría absoluta (artículo 228). En segundo lugar, el mandato del Presidente se incrementó de cinco a seis años (artículo 230). En tercer lugar, por primera vez en un siglo, se admitió que el Presidente fuera reelegido por un período adicional consecutivo (artículo 230). En cuarto lugar, la Asamblea Nacional puede delegar el poder Legislativo al Presidente, y no hay límite en los poderes que pueden ser sujetos de dicha delegación (artículos 203 y 236.8). En quinto lugar, el Presidente tiene el poder de disolver la Asamblea Nacional después de tres votos de censura contra el Vicepresidente (artículo 236, sección 21), quien, no obstante, se concibe como un funcionario de la rama Ejecutiva designado por el Presidente, sin ningún rol parlamentario (Brewer-Carías, 2010b, pp. 519-520).

Además, los cambios a los poderes Legislativo y Judicial ayudaron a fortalecer esta concentración de poder. La nueva constitución “otorga a la Asamblea Nacional no solo el poder de nombrar, sino también de remover a los jueces del Tribunal Supremo, los miembros del Consejo Electoral Nacional, el Contralor General, el Fiscal y el Defensor del Pueblo, en algunos casos por mayoría simple” (Brewer-Carías, 2010b, p. 519, traducción propia). Así pues, una

Asamblea favorable al régimen entregó las demás ramas del poder al Ejecutivo, mediante el nombramiento de funcionarios alineados con el régimen.

Al mismo tiempo, el poder Judicial sufrió una erosión desde el comienzo: “La Asamblea Constituyente, sin ninguna autoridad constitucional, creó las nuevas cámaras del Tribunal Supremo de Justicia (Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, Casación Social, Casación Civil y Casación Penal), aunque la constitución de 1999 aún no estaba en vigor” (Brewer-Carías, 2010a, p. 76, traducción propia). La rama Judicial ha estado controlada por el Presidente y su partido desde entonces.

El poder Judicial ha perdido su independencia, confirmada por el hecho de que el 90 por ciento de los jueces son jueces provisionales o temporales y, por lo tanto, por definición, dependientes políticos. La mente maestra de este sistema de concentración del poder ha sido el propio Tribunal Supremo, en particular su cámara constitucional, que mediante sucesivas interpretaciones constitucionales ha eliminado todas las violaciones de la constitución cometidas por las otras ramas del gobierno. (Brewer-Carías, 2010b, p. 519, traducción propia)

Esta constitución fue solo el comienzo de una serie de cambios realizados por el régimen para modificar y dar forma a las instituciones políticas a su voluntad. Luego del establecimiento de la nueva constitución, el gobierno continuó con su misión de consolidar el socialismo del siglo XXI, como Chávez se refirió al modelo que intentó implementar en el país. En 2007 quiso constitucionalizar este modelo, por lo que a través de la Asamblea Nacional inició otro proceso de reforma constitucional.

Esta nueva reforma adelantada por el Presidente fue más agresiva y directa que su primer proyecto. Los puntos más significativos de la modificación eran: “[Creaba] una nueva estructura para consejos comunales basados en Poder Popular, autorizaba la financiación estatal de elecciones, ponía fin a la autonomía del Banco Central, garantizaba que el Presidente pudiera ser reelecto indefinidamente y

dificultaba el proceso para expulsar al Presidente mediante un referéndum revocatorio” (Villiers, 2007, traducción propia).

Este proyecto fue sometido a votación popular y rechazado por el pueblo, en la primera elección perdida por el régimen desde que Chávez ganó las primeras elecciones. Pero el mandatario no iba a detener su ambición de consolidarse en el poder, por lo que tramitó otra reforma solo con el componente de reelección indefinida, esta vez no únicamente para el Presidente sino para todos los funcionarios públicos. En este referéndum, el gobierno ganó.

Chávez logró implementar por otros medios los restantes elementos del proyecto, que habían sido rechazados por la población. Usó la Asamblea Nacional para aprobar leyes y decretos y se le otorgaron múltiples leyes habilitantes. Además, con el Tribunal Supremo de su lado, no tenía una resistencia real para ir en contra de la constitución que él mismo había creado.

Al controlar la Asamblea, Chávez pudo gobernar por decreto mediante varias leyes habilitantes, gracias a lo cual adelantó reformas constitucionales exentas de debido proceso. Logró “firmar 26 nuevas leyes que regulaban las fuerzas armadas, la administración pública, el sistema de seguridad social, los bancos, la producción agrícola y la industria del turismo, y estableció el control público de varias áreas estratégicas de la economía, como el petróleo y el cemento” (Suggett y Pearson, 2010) sin la necesidad de la aprobación de otras ramas del gobierno. A Chávez se le otorgaron leyes habilitantes en 1999, 2001, 2007 y 2010, y Nicolás Maduro también ha hecho uso de ellas en 2013 y 2015.

Este modelo no solo ayudó a Chávez a conservar el poder, sino que logró mantener el régimen después de su muerte en 2013. En 2015, cuando la situación del país ya era crítica, el régimen perdió la Asamblea Nacional por primera vez. Por lo tanto, desde comienzos de 2016 el Legislativo está en control de la oposición, pero sin poder real, gracias a que el Tribunal Supremo y el Consejo Nacional Electoral todavía están alineados con el régimen. En 2016, “de las quince leyes aprobadas por la Asamblea Nacional de Venezuela (AN), once fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo de Justicia” (De la Rosa, 2016, traducción propia). Al mismo tiempo,

la oposición intentó poner en marcha el proceso definido en la constitución para organizar un referéndum revocatorio, pero el Consejo Nacional Electoral detuvo el proceso antes de la recolección de firmas del necesario 20 % de los votantes, la segunda etapa después de lograr el 1 %. El Consejo argumentó esta decisión apegándose a la constitución y a las órdenes de varios tribunales regionales que afirmaron que había habido fraude en la recolección del 1 %.

También hubo cambios institucionales importantes dentro del sector petrolero. “Antes de Chávez, Petróleos de Venezuela, s. A. (PDVSA) disfrutaba de una considerable autonomía, desde el punto de vista del gobierno corporativo. Luego de la huelga petrolera de 2002-03, Chávez dismanteló la capacidad de gestión de la empresa y tomó el control total de las operaciones de la industria” (Corrales y Penfold, 2015, ubicaciones de Kindle 1467-1470, traducción propia). El control de la industria petrolera le dio al régimen la posibilidad de utilizar los ingresos del petróleo a su voluntad cuando comenzó el auge de los precios en 2003.

Los cambios en la industria petrolera se sumaron a los demás esfuerzos por concentrar el poder. Ahora, el Presidente “podía desembolsar fondos a nivel local e internacional sin informar al Banco Central o la Asamblea Nacional y eludiendo a los funcionarios locales electos. El resultado de la medida fue que PDVSA se convirtió repentinamente en una fuente directa de gasto libre de rendición de cuentas del gobierno central” (Corrales y Penfold, 2015, ubicaciones de Kindle 1618-1620, traducción propia).

Estos cambios políticos, esta transformación del régimen y esta erosión de la democracia son la causa fundamental de la perpetuación de la crisis humanitaria. El régimen logró deshacerse de toda oposición, no porque no exista, sino porque está neutralizada y no tiene forma real de actuar. Así, la salida a la crisis se encuentra, innegablemente, en las manos de sus causantes.

Sin los cambios institucionales mencionados, tal vez las consecuencias de la caída del precio del petróleo no hubieran sido tan graves y se hubiera presentado alguna reacción para mejorar la situación. En el período democrático también hubo años de bonanza y años de crisis debido a la fluctuación de los precios del petróleo, pero nunca

una crisis tan severa como esta, con los niveles de alarma humanitaria implicados. Lo que cambió fueron las decisiones políticas, la concentración de poder, la eliminación de pesos y contrapesos. Para explicar la crisis no basta decir que Venezuela depende fuertemente del petróleo y que los precios de este cayeron de forma dramática. A este factor se le suma el hecho de que el poder está tan concentrado que cuando los precios cayeron, no hubo una acción real para enfrentar la crisis, sino para mantenerse en el poder a pesar de ella.

Responsabilidad ¿de quién?

Es claro que las causas principales de la crisis actual se encuentran en el proceso político y económico del régimen iniciado por el presidente Hugo Chávez, afirmación sustentable en el derecho internacional, que deriva responsabilidad internacional del Estado de los actos de sus funcionarios. “En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad internacional deriva del incumplimiento de una obligación primaria, esto es, de la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de los Estados” (Del Toro Huerta, 2002, p. 668). Si bien la responsabilidad por el proceso que llevó a Venezuela a su estado actual es compleja de atribuir y definir, la incapacidad y la falta de voluntad del Estado para actuar con miras a poner fin a la crisis y reparar los daños que la situación humanitaria ha causado a su población son claramente un incumplimiento de su obligación de garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos. La negación de la crisis y el bloqueo de la ayuda humanitaria hacen parte de esta responsabilidad no atendida del Estado venezolano.

Los Estados tienen diferentes obligaciones en relación con los derechos humanos de sus ciudadanos. Primero, los Estados tienen la responsabilidad inherente sobre ciertas instituciones, como el sistema legal, que los derechos humanos directamente limitan. En segundo lugar, los Estados también tienen cierto grado de control sobre otras instituciones y estructuras limitadas por los derechos humanos. En tercer lugar,

los Estados tienen el poder de observancia y aplicación contra cualquiera que viole los derechos humanos, más que cualquier otra entidad en la sociedad. En cuarto lugar, y contrario a lo anterior, los Estados pueden convertirse en una gran amenaza para los derechos humanos. En quinto lugar, y afortunadamente, los Estados también pueden proporcionar, mediante la división de sus poderes, la mayor protección contra las amenazas estatales. (Brown, 2016, pp. 72-73, traducción propia)

En el caso de Venezuela, el Estado ha incumplido sus obligaciones en todos los ámbitos señalados anteriormente. El sistema legal y las instituciones están al servicio del régimen y limitadas por sus intereses, y no por el respeto a los derechos humanos; el poder de hacer cumplir lo tiene el Estado, pero como es él el que se ha convertido en la amenaza y el que ha desmantelado la división de poderes que protegía de las amenazas estatales, este poder es inoperante. Además, no existe un proceso interno de rendición de cuentas. El Estado es el responsable y perpetuador de la crisis humanitaria, pues ha eliminado cualquier mecanismo de respuesta de su población o de otras corrientes políticas y cualquier barrera que podía imponer la división de poderes.

La responsabilidad del Estado venezolano es clara, pero, ¿qué ocurre con la responsabilidad de proteger de la comunidad internacional?

La piedra angular de la responsabilidad de proteger [...] pasa por entender que la soberanía no solo da al Estado el derecho de controlar sus asuntos, sino que le confiere la responsabilidad primordial de proteger a la población dentro de sus fronteras. Esto hace que cuando un Estado persistentemente da señales de no proteger a su población, ya sea por falta de voluntad o capacidad, la comunidad internacional debe asumir esa responsabilidad. (Albertoni, 2017)

Como se ha evidenciado en el presente texto, el Estado venezolano ha dado numerosas señales del incumplimiento de su deber de protección a su población. Y si bien algunos países han llamado la aten-

ción sobre la situación venezolana y han presionado al gobierno por diferentes medios, la comunidad internacional ha adelantado pocas acciones reales para que se restablezcan los derechos vulnerados de la población.

Si bien es cierto que el concepto de *responsabilidad de proteger* se derivó de situaciones atroces como las vividas en Ruanda o Srebrenica en la década de 1990, y que es difícil comparar la situación venezolana con estas tragedias, la figura es aplicable porque nació con el propósito de detener situaciones críticas en las que el Estado no es capaz y/o no tiene la voluntad de proteger a su población antes de que se desencadenen escenarios de tal gravedad. En el caso venezolano, no se percibe voluntad ni capacidad del gobierno para detener el avance de la crisis y restablecer los derechos a sus ciudadanos, y tampoco existe en el Estado ningún ente de poder que pueda actuar para restablecer el Estado de derecho. Así pues, ¿no debería la comunidad internacional incrementar sus esfuerzos para garantizar la protección de los ciudadanos afectados?

La venezolana es una tragedia silenciosa, paulatina, que, sin la atención que suscita un ataque repentino, ha llevado a la miseria a miles de personas sin ocasionar reacción internacional. El Estado se ha convertido en verdugo, al no garantizar a sus nacionales los mínimos de supervivencia y al eliminar cualquier tipo de vías jurídicas, democráticas y ciudadanas que les permitan mejorar su calidad de vida y recuperar sus derechos.

Conclusión

Venezuela, un país que hace décadas fue la envidia de Latinoamérica por su desarrollo económico, ahora es la oveja negra; su población sufre diariamente por la escasez de alimentos y productos básicos y medicinas, por un sistema de salud inoperante y por un gobierno autoritario sin voluntad de cambiar la situación.

El proceso para llegar al estado actual ha sido largo: un régimen que llegó a finales de los noventa en un momento de crisis, prometiendo una revolución y un cambio de sistema, aprovechó más de una década de alza de los precios petroleros para intervenir

en la economía con control de cambio y de precios, expropiaciones y gasto irresponsable. Además, logró concentrar el poder, eliminar los pesos y contrapesos en la división de poderes y neutralizar cualquier oposición. Esto dio paso a una economía moribunda sostenida ilusoriamente con la renta petrolera y a una democracia erosionada mantenida por el abuso de poder y los subsidios. Cuando los precios del petróleo cayeron, este modelo insostenible ocasionó una recesión nunca antes vista en el país, que ha dejado a la mayoría de la población sin la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas y sin vías institucionales para reaccionar, lo que vulnera sus derechos.

Es responsabilidad de todo Estado proteger los derechos humanos de sus ciudadanos, y Venezuela no está exenta de esta obligación, habiendo ratificado numerosos tratados internacionales en la materia. En una situación como la venezolana, la responsabilidad no es fácil de definir o delimitar; está construida en el tiempo, no por una acción y/u omisión específicas sino por una serie de acciones económicas y políticas y un conjunto de omisiones que llevaron al país al estado actual. Es un caso de responsabilidad complejo: no atañe al uso excesivo de la fuerza de un Estado en tiempos de guerra, ni a la complicidad de un Estado en un crimen de genocidio, ni a la desaparición forzada de grupos disidentes, situaciones en las cuales resulta más sencillo señalar dónde y por qué un Estado desatendió sus obligaciones. El caso venezolano, sin ser de menor importancia, es el de un Estado cuya suma de decisiones ha llevado gradualmente a su población a un estado de crisis y a la vulneración de sus derechos fundamentales, y cuya falta de voluntad para poner fin a esta situación representa un claro incumplimiento de sus obligaciones.

Cada día muchos venezolanos mueren por falta de medicamentos básicos y de alimentos, lo que en realidad significa la desatención total de un Estado con las capacidades, pero sin la voluntad. Venezuela no se encuentra envuelta en una situación exógena que le impida al Estado satisfacer las necesidades de sus ciudadanos: el régimen causó y perpetúa la crisis por decisión propia. ¿Existe mayor responsabilidad que esta?

La desprotección y vulneración de los derechos de los venezolanos son alarmantes. Las cifras evidencian que el impacto de lo vivido por esta población repercutirá en su futuro, sobre todo el de

los niños y jóvenes cuyo desarrollo se ha visto afectado en materia de nutrición y salud. Contextos de estas características no deberían perpetuarse; la comunidad internacional tiene la responsabilidad de proteger a las poblaciones que se encuentran bajo la jurisdicción de Estados que no están cumpliendo sus obligaciones de garantía. Esto no ha sucedido en Venezuela y genera preguntas sobre la aplicación de los derechos de su población.

Tal vez se piense exagerado comparar la situación venezolana con los contextos de conflicto armado, crímenes de lesa humanidad o genocidio, pero los datos revelan números cercanos a los de esos contextos: por ejemplo, Venezuela supera las cifras de mortalidad infantil de Siria (Unicef, 2018). Esto demuestra que se deberían poner en marcha mecanismos que no permitan a esta crisis avanzar y llegar a niveles de mayor gravedad. Esta observación aplica no solo para Venezuela, sino para todas las banderas rojas de alarma levantadas en el mundo: la responsabilidad de proteger, ¿para cuándo? ¿Cuándo es demasiado tarde?

Referencias

- ABC* (2017, 30 de mayo). Cáritas alerta de la desnutrición infantil en Venezuela y pide acciones al gobierno. Disponible en: https://www.abc.es/internacional/abci-caritas-alerta-desnutricion-infantil-venezuela-y-pide-acciones-gobierno-201705302009_noticia.html
- Agulló, J. (2004). Genealogía de la crisis y problemática del cambio en Venezuela. *Iberoamericana*, 4, 16, 163-168.
- Albertoni, N. (2017, 22 de marzo). La responsabilidad de proteger a los venezolanos. *The Global Americans*. Disponible en: <https://theglobalamericans.org/2017/03/la-responsabilidad-de-proteger-los-venezolanos/>
- Alfonso, C. (2009). El socialismo avanza de la mano de las expropiaciones. *Debates IESA*, XIV, 4, 40-43.

- Alonso, N. (2017, 18 de mayo). EE. UU. alerta en la ONU de la crisis humanitaria en Venezuela. *El País*. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/05/17/estados_unidos/1495055616_560043.html
- Aponte, A. (2016, 11 de agosto). Venezuela sufre una crisis humanitaria aún no reconocida por el gobierno. *Analítica*. Disponible en: <https://www.analitica.com/actualidad/actualidad-nacional/venezuela-sufre-una-crisis-humanitaria-aun-no-reconocida-por-el-gobierno/>
- Banco Central de Venezuela. Información estadística. Disponible en: <http://www.bcv.org.ve/c2/INDICADORES.asp>.
- Baptista, A. (2008). La economía venezolana entre siglos. *Nueva Economía*, 16, 28, 59-80.
- Barbarani, S. (2016, 22 de noviembre). Venezuelans forced to live off scraps, but aid shut out. *IRIN*. Disponible en: <https://www.irinnews.org/feature/2016/11/22/venezuelans-forced-live-scraps-aid-shut-out>
- Barreiro, R. (2013, 3 de agosto). Venezuela's economic model boils down to dependence on imports. *El Universal*.
- BBC (2016, 21 de octubre). Venezuela's Maduro recall referendum drive suspended. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-37724322>
- Brewer-Carías, A. (2010a). *Dismantling Democracy in Venezuela: The Chávez Authoritarian Experiment*. Nueva York: Cambridge University Press. Kindle Edition.
- — —. (2010b). The 1999 Venezuelan Constitution-Making Process as an Instrument for Framing the Development of an Authoritarian Political Regime. En: L. Aucoin y L. Miller (eds.), *Framing the State in Times of Transition* (pp. 505-531). Washington, D. C: US Institute of Peace Press.
- Brocchetto, M. y Romo, R. (2017, 2 de mayo). Venezuela's Maduro calls for constitutional changes amid unrest. *CNN*. Disponible en: <https://edition.cnn.com/2017/05/01/americas/venezuela-maduro-new-constitution/index.html>
- Brown, G. (dir.) (2016). Responsibility for Human Rights. En: *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century* (pp. 71-79). Cambridge: Open Book Publishers.

- Cerra, V. (2016). *Inflation and the Black Market Exchange Rate in a Repressed Market: A Model of Venezuela*. IMF Working Paper 16/159.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de país*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>
- Corrales, J. y Penfold, M. (2015). *Dragon in the Tropics: Venezuela and the Legacy of Hugo Chávez*. Washington, D. C.: Brookings Institution Press. Kindle Edition.
- Dachevsky, F. y Kornblihtt, J. (2017). The Reproduction and Crisis of Capitalism in Venezuela under Chavismo. *Latin American Perspectives*, 44, 1, 78-93.
- De la Rosa, A. (2016, 29 de diciembre). Venezuelan top court declares 11 laws unconstitutional. *El Universal*.
- Del Toro Huerta, M. (2002). La responsabilidad del Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En: *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 663-686). México: El Colegio de México.
- El Colombiano* (2017, 1.º de noviembre). Por quinta vez en el año, Maduro tiene que aumentar el salario mínimo. Disponible en <http://www.elcolombiano.com/internacional/venezuela/salario-minimo-en-venezuela-quinto-aumento-en-2017-NX7606492>
- El Nacional* (2016, 9 de diciembre). Crece pobreza en Venezuela, según informe del INE. Disponible en: http://www.el-nacional.com/noticias/sociedad/crece-pobreza-venezuela-segun-informe-del-ine_22893
- Ellner, S. (2014, 24 de diciembre). After Chávez: The Maduro Government and The “Economic War” in Venezuela. *New Left Project*. Disponible en: http://www.newleftproject.org/index.php/site/article_comments/after_chavez_the_maduro_government_and_the_economic_war_in_venezuela1
- Encuesta Nacional de Condiciones de Vida, Encovi* (2016). Universidad Central de Venezuela, Universidad Simón Bolívar y Universidad Católica Andrés Bello. Disponible en: <https://www.fundacionbengoia.org/noticias/2017/encovi-2016.asp>

- Evans, G. y Sahnoun, M. (2002). The Responsibility to Protect. *Foreign Affairs*, 81, 6, 99-110.
- García, D. (2017, 10 de mayo). Lo que dicen (y lo que no) de la salud en Venezuela las últimas cifras oficiales publicadas por el gobierno. *BBC Mundo*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39866691>
- García González, Á. O. (2007). La política económica del Estado venezolano: 1945-1970. *La Política*, 15, 29, 357-370.
- García-Sierra, M. J. (2001). The “Enabling Law”: The Demise of the Separation of Powers in Hugo Chavez’s Venezuela. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 32, 2, 265-293.
- Gauna, A. F. (2017). Revisiting the Issue of Democratic Deterioration in Venezuela, 1974-1998. *Journal of Politics in Latin America*, 9, 1, 33-58.
- Gillespie, P. (2016a, 19 de enero). 5 razones por las que Venezuela está en crisis económica. *CNN*. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2016/01/19/5-razones-por-las-que-venezuela-esta-en-crisis-economica/>
- . (2016b, 1.º de diciembre). Venezuela’s currency is in “free fall”. *CNN Money*. Disponible en: <https://money.cnn.com/2016/11/29/investing/venezuela-worthless-currency/index.html>
- y Wattles, J. (2017, 1.º de mayo). Venezuela raises minimum wage again. *CNN Money*. Disponible en: <https://money.cnn.com/2017/04/30/news/economy/venezuela-minimum-wage-hike/index.html>
- Hausmann, R. y Rodríguez, F. R. (eds.) (2014). *Venezuela before Chávez: Anatomy of an Economic Collapse*. University Park: Penn State Press.
- Hidalgo, E. (2012, 3 de diciembre). Chávez logró el control absoluto de la economía tras el paro petrolero. *El Mundo*. Disponible en: <http://www.guia.com.ve/noti/93533/chavez-logro-el-control-absoluto-de-la-economia-tras-el-paro-petrolero>
- Human Rights Watch (2016). *Venezuela’s Humanitarian Crisis*. Disponible en: https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/venezuela1016_brochure_web_0.pdf

- IMF, International Monetary Fund (2016). *World Economic Outlook* (abril de 2017). Disponible en <http://www.imf.org/external/datamapper>
- INE, Instituto Nacional de Estadística (2015). *Pobreza por línea de ingreso, 1er semestre 1997 - 1er semestre 2015*.
- Karp, D. J. (2015). The Responsibility to Protect Human Rights and the RtoP: Prospective and Retrospective Responsibility. *Global Responsibility to Protect*, 7, 2, 142-166.
- Khan, S. (2016, 17 de agosto). Venezuelan ambassador denies there is humanitarian crisis – despite citizens stealing rare zoo animals for food. *Independent*. Disponible en: <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/venezuelan-ambassador-denies-ishumanitarian-crisis-zoo-animals-killed-food-amid-shortage-stallion-a7195271.htm>
- Kikoler, N. (2009, septiembre). Responsibility to Protect. En: International Conference *Protecting People in Conflict and Crisis: Responding to the Challenges of a Changing World*. Disponible en: <https://www.rsc.ox.ac.uk/files/files-1/dp-responsibility-to-protect-2009.pdf>
- Kornblith, M. (1991). The Politics of Constitution-Making: Constitutions and Democracy in Venezuela. *Journal of Latin American Studies*, 23, 1, 61-89.
- -. (1996). Crisis y transformación del sistema político venezolano: nuevas y viejas reglas de juego. En: Á. Alvarez, *El sistema político venezolano: crisis y transformaciones* (pp. 1-31). Caracas: IEP – UCV.
- Lander, E. (2014). Venezuela: ¿crisis terminal del modelo petrolero rentista? *Aporrea.org*, 30, 10.
- Levine, D. y Molina, J. E. (2012). Calidad de la democracia en Venezuela. *América Latina Hoy*, 62, 157-175.
- Maraniello, P. (2013). Los derechos humanos y la responsabilidad del Estado. *Criterio Jurídico*, 13, 2, 128-148.
- Meron, T. (1989). State Responsibility for Violations of Human Rights. En: *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* (pp. 372-385). Cambridge: Cambridge University Press.

- MINCI, Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información (2014). Hace 15 años el pueblo dio un sí a la Asamblea Constituyente. Disponible en: <http://www.minci.gob.ve/hace-15-anos-el-pueblo-dio-un-si-a-la-asamblea-constituyente/>
- Monaldi, F. (2015). *The Impact of the Decline in Oil Prices on the Economics, Politics and Oil Industry of Venezuela*. Nueva York: Center on Global Energy Policy, Columbia University.
- Niño, J. (2016, 8 de agosto). Price controls are disastrous for Venezuela, and everywhere else. *Mises Institute*. Disponible en: <https://mises.org/wire/price-controls-are-disastrous-venezuela-and-everywhere-else>
- Nogueira-Budny, D. (2014). Great Promise, but Poor Performance: Understanding the Collapse of Venezuela's Causa Radical. *Journal of Politics in Latin America*, 6, 1, 109-136.
- Obuchi, R., Abadi, A. y Lira, B. (2011). *Gestión en rojo*. Caracas: Ediciones IESA.
- OEA, Organización de Estados Americanos. (2016). Presentación del Secretario General de la OEA ante el Consejo Permanente. Aplicación de la Carta Democrática Interamericana. [Comunicado de prensa]. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-011/16
- . (2018). Mensaje del Secretario General sobre Venezuela. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-013/18
- ONU, Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2018). *Human Rights Violations in the Bolivarian Republic of Venezuela: A Downward Spiral with No End in Sight*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/VenezuelaReport2018_EN.pdf
- Palma, P. A. (2011). Riesgos y consecuencias de las economías rentistas: el caso de Venezuela. *Problemas del Desarrollo*, 42, 165, 35-59.
- Parish, N. (2017, 15 de mayo). Has Venezuela's economic crisis reached a breaking point? *Forbes*. Disponible en: <https://>

www.forbes.com/sites/nathanielparishflannery/2017/05/15/has-venezuelas-economic-crisis-reached-a-breaking-point/#34e4b49d2f79

- Pestano, A. (2016, 15 de agosto). Venezuela's U.N. ambassador: We have problems but no humanitarian crisis. *UPI*. Disponible en: https://www.upi.com/Top_News/World-News/2016/08/15/Venezuelas-UN-ambassador-We-have-problems-but-no-humanitarian-crisis/3781471262385/
- Rishmawi, M. (2010). *The Responsibility to Protect and Protection of Civilians: The Human Rights Story*. Disponible en: <http://responsibilitytoprotect.org/favoritamona.pdf>
- Schaefer, S. (2016, 17 de octubre). Infant mortality soars in Venezuela. *The Wall Street Journal*. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/infant-mortality-soars-in-venezuela-1476716417>
- Suggett, J. y Pearson, T. (2010, 19 de diciembre). Venezuela's National Assembly passes enabling law for Chávez. *Venezuelanalysis*. Disponible en: <https://venezuelanalysis.com/news/5879>
- Unicef, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2018). *Child Mortality Data*. Disponible en: <https://data.unicef.org/topic/child-survival/under-five-mortality/>
- Villa, R. D. (2005). Venezuela: Political Changes in the Chávez Era. *Estudios Avanzados*, 19, 55, 153-172.
- Villiers, D. (2007, 30 de noviembre). Venezuelan Constitution: from a socialist charter to authoritarian rule. *Brookings*. Disponible en: <https://www.brookings.edu/opinions/venezuelan-constitution-from-a-socialist-charter-to-authoritarian-rule/>
- Watts, J. (2016a, 11 de octubre). Venezuela on the brink: A journey through a country in crisis. *The Guardian*. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2016/oct/11/venezuela-on-the-brink-a-journey-through-a-country-in-crisis>
- - -. (2016b, 19 de octubre). "Like doctors in a war": inside Venezuela's healthcare crisis. *The Guardian*. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2016/oct/19/venezuela-crisis-hospitals-shortages-barcelona-caracas>

Índice analítico y onomástico

| 297 |

Abadi, Anabella 280-281
Alfonso, Carmen Sofía 280
Al Hussein, Zeid Ra'ad 275
Asamblea Constituyente de 1999 281-282, 283
Asamblea Nacional de Venezuela 275, 282-283, 284-285
Ban Ki-moon 274
Banco Central de Venezuela 276, 283, 285
bcv *véase* Banco Central de Venezuela
bolívar, fluctuación del 276, 280
Brewer-Carías, Allan 282, 283
calidad de vida 274, 275, 277, 288
Cáritas 279
Chávez, Hugo 277, 279, 280, 281-282, 283, 284, 285, 286
Consejo de Seguridad de la ONU 275
Consejo Nacional Electoral de Venezuela 284-285
Consejo Permanente de la OEA 278
constitución venezolana 281-283, 284, 285
control
 de cambio 279-280, 289
 de precios 280, 289
Corte Suprema de Venezuela 275
crecimiento económico 276-277
crisis humanitaria
 características 273-279
 causas y desarrollo 279-286
 responsabilidad 286-288
Dachevsky, Fernando 279, 280
derechos humanos 273, 286-277, 289
desnutrición infantil 279
Ellner, Steve 280
Estado, responsabilidad internacional del 286-288
expropiaciones 280-281, 289
FMI (Fondo Monetario Internacional) 276
Haley, Nikki 275

Human Rights Watch 275, 277-278
importaciones, aumento de las 276-277, 279-280
INE (Instituto Nacional de Estadística de Venezuela) 279
inflación 276, 280
Kornblihtt, Juan 279, 280
leyes habilitantes 284
Lira, Bárbara 280-281
Maduro, Nicolás 274, 276, 284
medicamentos básicos, escasez de 277-278, 289
mortalidad materno-infantil 277, 290
necesidades básicas 274-275, 277, 278, 289
Observatorio de Salud de Venezuela 278
Obuchi, Richard 280-281
OEA *véase* Organización de Estados Americanos
Organización de Estados Americanos 274, 275, 278
Organización de las Naciones Unidas 274-275
Organización Mundial de la Salud 278, 279
PDVSA *véase* Petróleos de Venezuela s. A.
pesos y contrapesos, sistema de 274, 286, 289
petróleo 274, 277, 279, 280, 281, 284, 285-286, 288-289
Petróleos de Venezuela s. A. 285
pobreza 278-279
productos básicos, escasez de 273, 274, 278, 280, 288
referéndum revocatorio 284, 285
responsabilidad de proteger 274, 277, 288, 290
salario mínimo, aumento del 276
socialismo del siglo XXI 283
subsidios 281, 289
tasa de cambio 276
Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela 282-283, 284

Los autores

Carlos Escobar Uribe

Abogado en Derecho Público de la Universidad del Rosario, especialista en Filosofía de la Ciencia de la Universidad El Bosque y magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana. Realizó el curso *Designing Courses for Significant Learning* en la Universidad de Oklahoma. Ha sido asesor de la Secretaría Distrital de Ambiente, docente en las Universidades Javeriana y Rosario y director académico de la Universidad El Bosque. Actualmente se desempeña como decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad El Bosque.

Felipe Higuera Angulo

Politólogo de la Pontificia Universidad Javeriana y magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes. Es profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad El Bosque y catedrático de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Javeriana.

Walter Arévalo Ramírez

Abogado y politólogo internacionalista *cum laude* de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho Internacional del Stetson Universi-

ty College of Law, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario y candidato a doctor de la misma Universidad. Es profesor de carrera académica de Derecho Internacional Público en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, *fellow* del Programa de Difusión y Perfeccionamiento del Derecho Internacional de la Oficina de Asuntos Legales de Naciones Unidas, investigador del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario e investigador doctoral visitante de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas, la Universidad Ártica de Noruega (JCLOS) y la Universidad de Copenhague (iCourts). Dirige la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional.

Laura Victoria García Matamoros

Abogada de la Universidad del Rosario con posgrado en Derecho Internacional Privado de la Universidad París II, y doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Es profesora asociada y directora del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Daniel Eduardo Hernández Chitiva

Politólogo de la Universidad del Rosario. Es profesor del área de políticas públicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad El Bosque.

Veronika Hölker

Bachelor of Arts en Filología Inglesa y Ciencias Políticas de la Universidad de Heidelberg, Alemania, y *Master of Science* en Relaciones Internacionales de las Américas del University College London, Reino Unido. Es responsable de investigación de justicia transicional en el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos.

Mario Iván Uruña Sánchez

Politólogo de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Geopolítica y Seguridad Global de la Universidad de Roma La Sapienza y candidato a doctor en Derecho de la Universidad del Rosario. Es docente investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia.

Sebastián Correa Cruz

Abogado de la Universidad del Rosario con profundización en Derecho Internacional y Derecho Comercial. Fue pasante en la Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas en Nueva York, miembro de la Línea de Investigación de Derecho Internacional Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, miembro del equipo de la Universidad del Rosario del *moot court* de procedimiento ante la Corte Penal Internacional en La Haya (2014) y miembro del equipo UR Diplomats que representó a la misma Universidad en los modelos internacionales de Naciones Unidas de la Universidad de Harvard, HNMUN (Boston, 2013 y 2014), y WorldMUN (Seúl, 2015).

María Eugenia Goya

Abogada de la Universidad de Buenos Aires con orientación en Derecho Internacional Público y candidata a magíster en Relaciones Internacionales de la misma Universidad. Trabaja en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina.

Ada Inés Sánchez Echevarría

Abogada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), candidata a doctora en Ciencias Jurídicas de la misma Universidad y a magíster en Relaciones Internacionales de la Universidad de Buenos Aires. Ha dictado cursos de Derecho Internacional Público en la UCA.

Valeria Garbin Manfredini

Internacionalista y especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad del Rosario y *Master of Arts* en Desarrollo Internacional de la Brussels School of International Studies, University of Kent. Es consultora en sostenibilidad y desarrollo en BSD Consulting, Colombia.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ EL DÍA XXX DE
MARZO DEL AÑO MMXIX.

PARA ESTA EDICIÓN SE USÓ LA FAMILIA TIPOGRÁFICA ADOBE CASLON PRO, EN SU
VARIANTE SERIF A 11,5/15 PUNTOS.

EL FORMATO DE ESTE EJEMPLAR ES DE 18 X 24 CENTÍMETROS.
LA CUBIERTA ESTÁ IMPRESA EN PROPALCOTE DE 280 GRAMOS DE BAJA DENSIDAD
Y LAS PÁGINAS INTERIORES EN PAPEL BOND BAHÍA DE 90 GRAMOS.

Esta obra colectiva expone una serie de análisis temáticos y casuísticos desde América Latina sobre dos temas de constante desarrollo doctrinal cuya aplicación práctica resulta cada vez más vigente y compleja: la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos y la gobernanza global y multinivel, con su impacto en ámbitos tan diversos como las políticas públicas y la cooperación internacional.

Con la experticia de los autores en derecho internacional y constitucional, relaciones internacionales y políticas públicas, se estudian recientes experiencias locales en materia de justicia transicional, lucha contra la criminalidad transnacional, rol de los cuerpos privados de seguridad, incumplimiento de sentencias internacionales y crisis humanitarias.

El segundo eje temático parte de reflexiones recientes sobre la gobernanza multinivel, los compromisos jurídicos en materia de integración política y económica y las tendencias del nuevo constitucionalismo para estudiar la jurisdicción internacional de las políticas públicas en la región, el impacto de la gobernanza multinivel en la cooperación internacional y en la gobernanza local y las responsabilidades de los Estados frente a escenarios como la OCDE y los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

ISBN: 978-958-739-147-3



9 789587 391473

 UNIVERSIDAD
EL BOSQUE

Editorial