

January - June 2012
Colombia
ISSN 2216-0965

01
.....
Vol. 3

**EAFIT**
Journal of International Law





JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW
01 | Volume 3 | January - June 2012
ISSN 2216-0965

EDITORIAL BOARD

Rafael Eduardo Tamayo

Editor in chief

Paola Carrillo Gamboa

Managing editor

José Alberto Toro

Advisory editor

Maria Alejandra Calle

Advisory editor

GRAPHIC DESIGN AND LAYOUT

Design Division

Karin Martínez Camacho

OPEN JOURNAL SYSTEMS

Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas

WEBSITE

www.eafit.edu.co/ejil

CONTACT US

EAFIT Journal of International Law

EAFIT University

Cra 49 7 Sur 50 Medellín - Colombia

Building 27 - 4th Floor

Tel: (57) 4 - 261.95 00 ext. 9422

Fax: (57) 4 - 261.92 68

Email: ejil@eafit.edu.co

Contents

5 Editorial

Rafael Tamayo Franco

7 SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE WEIMAR

Leticia Vita

25 ¿ HACIA UN ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL? GÉNESIS Y DESARROLLO DE LA PROMOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN EL SENO DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

César Villegas Delgado

48 EL DERECHO AL VETO EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS BAJO UNA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA.

Alejandro Botero Uribe y Mariana Góez Mondragón

56 LA RETIRADA DE VENEZUELA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y SU EVENTUAL ADHESIÓN AL MERCOSUR, ¿EN UN “LIMBO INTEGRACIONISTA”?

María Ángela Sasaki Otani

68 AUTODETERMINACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Carolina Holguín Tafur

Editorial

Rafael Tamayo Franco

Coordinador del
Área de Derecho Internacional.
Escuela de Derecho
Universidad EAFIT

El sistema internacional de este primer semestre del año ha estado marcado por la crisis financiera en Europa, la declaración de la guerra civil en Siria y el reavivamiento de las diferencias entre Argentina e Inglaterra por las Falkland Islands. Estas situaciones cuestionan postulados jurídicos y políticos que son a la vez la base teórica y el fundamento del concierto internacional, la noción de Estado de Derecho, soberanía, espacio político, el principio de autodeterminación y el rol del Consejo de Seguridad son algunos de los temas que han movido a los estudiosos del sistema internacional a investigar y poner por escrito sus ideas y conclusiones, y a compartirlas con nosotros.

Este primer número del 2012 quiere dar cuenta de la diversidad de situaciones que se agitan en el escenario internacional. Felizmente este número del EAFIT Journal of International Law incluye la contribución de escritos provenientes de Argentina, Colombia, España, México y Perú.

El artículo de la profesora Leticia Vita de la Universidad de Buenos Aires, titulado “Estado, soberanía y espacio político internacional en el pensamiento jurídico de Weimar” es un escrito apoyado en el pensamiento de autores clásicos, que con una lectura comparativa y erudita da nuevas luces de análisis internacionales.

El interesante escrito del profesor mexicano de la Universidad de Sevilla, España, Cesar Villegas, propone un análisis serio sobre la aplicabilidad de la noción de “Estado de Derecho” al derecho internacional, teniendo como base el trabajo de la ONU en las últimas décadas. Una discusión que esta por darse y que en este artículo puede tener su punto de partida.

Nuestros estudiantes eafitenses más sobresalientes del semestre lograron insertarse en este número con un artículo sobre “El derecho al veto en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas bajo una

perspectiva democrática”, así los jóvenes Alejandro Botero y Mariana Goetz aportan su óptica de la controversial prerrogativa de la Carta de la ONU para los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

La profesora Peruana María Ángela Sasaki, nos da su muy informada visión del largo proceso de transición de Venezuela en los procesos de integración latinoamericanos (CAN-MERCOSUR) y analiza los efectos jurídicos de dicha transición en clave de la propuesta de creación del ALBA.

Finalmente, y en un equilibrio entre el principio internacional de autodeterminación de los pueblos y el constitucionalismo Colombiano, la profesora Carolina Holguín Tarfur nos da luces sobre una novedosa forma de entender el principio no como un riesgo secesionista sino como una posibilidad de inclusión. El aparato de fuentes y su riqueza teoría podría impulsar a estudios cercanos en otros Estados con población indígena o grupos con reivindicaciones de inclusión política y legal.

Una buena lectura y hasta muy pronto.



SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE WEIMAR¹

✉ Por: Leticia Vita²

Resumen:

El presente artículo se propone retomar la discusión en torno al Estado, la soberanía y el espacio político internacional desde el pensamiento jurídico de Weimar. En particular, se desarrollarán las ideas de Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller en torno al concepto de soberanía. Analizaremos la crítica que elabora Kelsen al concepto de soberanía para luego mostrar su vinculación con su defensa de la primacía del derecho internacional por sobre el nacional. Asimismo, veremos como estas ideas se vinculan con su concepción pacifista y cosmopolitista de las relaciones internacionales. A partir de estas ideas, identificaremos las diferencias con las concepciones de Schmitt y Heller sobre el tema. En el caso de Schmitt partiendo de su noción de lo político y en el caso de Heller, partiendo de su crítica a la noción de la soberanía en Kelsen. Finalmente, ensayaremos algunas conclusiones en torno esas ideas sobre la soberanía y el derecho internacional y la actualidad de estos planteos.

Palabras clave:

Soberanía, derecho internacional, cosmopolitismo, Weimar

1 Este artículo se basa en algunas de las conclusiones de mi tesis de doctorado titulada: *La Legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de la República de Weimar: El Concepto de Legitimidad en Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, próxima a publicarse.

2 Doctora en Derecho Político, Abogada y Lic. En Ciencias Políticas por la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora adscripta al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, becaria postdoctoral de CONICET, Argentina.



Abstract:

This article proposes to analyze the discussion around the state, sovereignty and the international political space from the legal thinking of Weimar. In particular, we will develop the ideas of Hans Kelsen, Carl Schmitt and Hermann Heller around international law and sovereignty. We will analyze Kelsen's critiques about the concept of sovereignty to show the connection to his defense of the primacy of international law. We will also see how these ideas are linked to his pacifist and cosmopolitanism conception of international relations. From these ideas, we will identify the differences with the conceptions from Schmitt, and Heller on the subject. In the case of Schmitt, we will analyze the concept of political and in the case of Heller, on the basis of his critique of the notion of sovereignty in Kelsen. Finally, some conclusions will be offered around these ideas about sovereignty and international law.

Key words:

Sovereignty, international law, cosmopolitanism, Weimar

1. Introducción

Muchas de las cuestiones que seguimos debatiendo en torno a la cuestión de la soberanía de los Estados-Nación y de la efectividad del derecho internacional, han sido ya planteadas en el pensamiento jurídico de Weimar. Mucho se ha escrito sobre la riqueza y actualidad de la obra de los juristas de Weimar³, sin embargo, se trata de un pensamiento que no deja de convocar a juristas y politólogos, tanto por la fascinación que provoca este período de la historia de Alemania como también por gran variedad de debates teórico-jurídicos que enmarca.

Aquí pretendemos plantear sólo algunas de las ideas de tres de los principales juristas de la época en torno a la soberanía y el derecho internacional. Los tres plantean tres visiones distintas en torno a la cuestión que se replican en distancias teóricas, ideológicas y filosóficas de sus obras. Hablaremos de las ideas de Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller sobre la soberanía y el derecho internacional, porque representan los extremos más comunes de la discusión sobre esta problemática: por un lado, la negación del concepto de la soberanía y la afirmación del derecho internacional y el cosmopolitismo pacifista y por otro, la afirmación de lo político y de la soberanía y la negación del derecho internacional y del pacifismo.

3 En ese sentido es imposible dejar de nombrar la monumental obra de Michael Stolleis sobre la historia del derecho público en Alemania, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* [Historia del derecho público en Alemania], especialmente el tomo tercero.



Con la finalidad de alcanzar algunas conclusiones útiles para los tiempos actuales en relación a dichas cuestiones, analizaremos en primer lugar las críticas de Kelsen a la noción de soberanía y su postura acerca de la primacía del derecho internacional y la posibilidad de lograr una paz mundial por medio del derecho. En segundo lugar veremos como el concepto de lo político que maneja Schmitt determina su concepción sobre la guerra y el derecho internacional, para luego analizar, cómo la crítica que elabora Heller a la noción de soberanía kelseniana, se enmarca en su defensa de la supremacía del derecho nacional y su cuestionamiento a las instituciones internacionales que buscan erigirse como “policía mundial”. Finalmente, ensayaremos algunas conclusiones en torno a la actualidad de estas ideas.

2. Derecho internacional y orden cosmopolita en Kelsen

Para comprender las ideas de Kelsen acerca del derecho internacional y el orden político mundial debemos partir primero de su concepción de soberanía. En consonancia con su crítica al dualismo entre Estado y derecho, Kelsen emprende una dura crítica de la noción de soberanía. Es cierto que no niega su importancia teórica para la Teoría del Estado y del derecho Internacional, pero critica esta noción porque entiende que se encuentra profundamente marcada por ambigüedades y por un “abuso” político que se hace de ella. En particular, cree que la noción de soberanía del Estado se vuelve aún más problemática cuando el derecho Internacional aparece como un sistema jurídico imponiendo obligaciones y confiriendo derechos en el Estado⁴.

Es por eso que para Kelsen la solución reside en “erradicar” este concepto de la ciencia. Para nuestro autor, la soberanía no puede ser una propiedad perceptible, o reconocible objetivamente de otra manera, o un objeto real, sino que se trata en realidad de un presupuesto; el de un orden normativo como orden supremo que no necesita derivarse de ningún orden superior para ser válido. Así, desde su punto de vista, la pregunta sobre la soberanía del Estado no puede ser respondida mediante una investigación de la realidad natural, a partir de datos empíricos, -ya que los Estados que no cuentan con ningún poder real son tenidos como tan soberanos como las grandes potencias⁵- sino que su respuesta debe buscarse en el orden jurídico.

Kelsen ataca así la noción tradicional de soberanía entendida en un sentido material, como poder del Estado. Coherentemente con su crítica al dualismo entre Estado y derecho, reniega de dar esta especie de entidad “super-humana” al Estado, cuya única realidad son en realidad los seres humanos, con lo cual se hace de la idea de soberanía un “abuso político”. Y la historia misma del concepto de soberanía demuestra para Kelsen cómo dicho concepto ha estado, desde el principio, “*más al servicio de los propósitos políticos de los gobernantes*

4 Hans Kelsen, “Sovereignty”, en: Stanley Paulson y Bonnie Litschewski Paulson, (edit.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 525.

5 Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (trad. Roberto Vernengo de la segunda edición en alemán), México, UNAM, 1986, p. 336-337.



que de la finalidad del conocimiento científico del Estado”⁶. Para el jurista de Viena no sólo amenaza este concepto a la cientificidad del derecho sino que es también una muestra de la funesta confusión entre los puntos de vista político-morales y jurídicos. Kelsen entiende que la idea de soberanía estuvo ligada históricamente al fortalecimiento de la monarquía absoluta centralista pero cree que aún en el actual Estado democrático se la utiliza con fines políticos, creando confusión y presentando deseos políticos como verdades absolutas⁷.

Desde esta perspectiva sólo puede atribuirse con pleno sentido soberanía al Estado si se lo concibe en sentido normativo, como el orden jurídico estatal. El problema de la soberanía es, por lo tanto, el problema de la soberanía del orden jurídico estatal en su relación con el orden jurídico internacional. Y esta relación plantea lo que clásicamente se ha identificado como el debate entre el dualismo y el monismo. Como es sabido, Kelsen se ubica entre los críticos de la postura dualista y como defensor de la teoría monista. Repasemos brevemente los alcances de cada postura. De acuerdo al dualismo, el derecho internacional y el derecho estatal son distintos sistemas jurídicos que en su validez, son independientes uno de otro pero al mismo tiempo equivalentes⁸. Así, el comportamiento del individuo puede ser juzgado tanto según el punto de vista del derecho internacional como, al mismo tiempo, según el punto de vista del derecho estatal, y no simplemente del punto de vista de uno u otro. En cambio, de acuerdo con la postura monista, el derecho internacional y el estatal forman una unidad: o el derecho internacional está por encima del derecho estatal, de tal forma que las bases de la validez del derecho estatal deben encontrarse en el derecho internacional (primacía del derecho internacional) o, en cambio, el derecho estatal está por encima del internacional, de manera tal que las bases de la validez del derecho internacional, reside en el derecho estatal (primacía del derecho estatal)⁹.

Descartando por completo por inadmisibles la teoría dualista, Kelsen propone la construcción monista de la relación entre el derecho internacional y el estatal, ya sea la de la primacía del derecho internacional o del derecho estatal¹⁰. No se pronuncia, en principio, a favor de ninguna de ellas, porque la decisión sobre cuál de las dos primacías es la correcta no corresponde para Kelsen a la ciencia jurídica, sino que se trata de una decisión de tipo política o filosófica. No hay bases jurídico científicas para esa elección. Además, la diferencia entre estas dos construcciones monistas sólo afecta las bases de la validez del derecho internacional o el estatal, pero no afecta al contenido de estos sistemas jurídicos¹¹. Asimismo, Kelsen explica la oposición de las dos construcciones monistas de la relación entre el derecho internacional

6 Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, p. 148.

7 *Ibid.*, p. 150.

8 KELSEN, H., “Sovereignty”, *op. cit.*, p. 526.

9 Esta, veremos, es la postura de Hermann Heller.

10 Sobre esta cuestión la postura de Kelsen no ha sido siempre uniforme. En la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*, de 1934, Kelsen postula abiertamente la primacía del derecho internacional sobre el interno. Sin embargo, en la edición de 1960 Kelsen sostiene que solamente el monismo se impone por una exigencia teórica mientras que la elección entre la primacía del derecho internacional y el interno no puede fundarse en consideraciones lógico-jurídicas.

11 *Ibid.*, p. 527.



y el estatal a partir de compararla con la oposición existente entre una *Weltanschauung* [cosmovisión] subjetiva y otra objetiva. Así, el punto de vista subjetivista, para comprender el mundo externo, toma como punto de partida la propia soberanía. Sólo se comprende ese mundo desde un mundo interno. De manera similar a la construcción caracterizada por la primacía del orden jurídico estatal, en orden a comprender el mundo exterior del derecho, a saber, el derecho internacional y los otros ordenes jurídicos estatales, toma como punto de partida la propia soberanía del Estado y puede entonces entender este derecho externo sólo como un derecho interno, como un componente del propio orden jurídico estatal.

Por el contrario, la construcción que postula la primacía del orden jurídico internacional, para comprender la existencia de estados individuales, toma como punto de partida el mundo externo del derecho, el derecho internacional, como orden jurídico válido, y da validez a estos Estados como órdenes jurídicos, como subsistemas incorporados al derecho internacional, y no como autoridades soberanas y esto se correspondería con un punto de vista objetivista. Kelsen, recurriendo, como frecuentemente hace en su obra, a un ejemplo de la historia de la ciencia, explica también la oposición entre las dos construcciones jurídicas a partir de la existente entre la explicación del sistema solar de Tolomeo y de Copérnico¹². La oposición de las dos posturas jurídicas también se basaría sobre la distinción entre dos diferentes tipos de referencia: una fuertemente atada al orden jurídico estatal, la otra al sistema del orden jurídico internacional. Ambos puntos de referencia son igualmente correctos e igualmente justificados, por lo que sería posible elegir cualquiera de ellos. Es por eso que, para Kelsen, la ciencia jurídica sólo puede presentarlos pero la decisión reside, en definitiva, sobre consideraciones políticas¹³. Consideraciones que, por cierto, Kelsen realiza en su obra de 1925, *Teoría General del Estado*. Allí sostiene que la tendencia subjetivista inmanente a la teoría del primado del orden jurídico estatal, conduce forzosamente a la negación no sólo del derecho internacional, sino de la idea misma de derecho. Para Kelsen, si a esta idea se la trasplanta a la esfera del orden estatal, tendremos el primado del individuo, la negación de todo derecho y la proclamación del poder como idea suprema. Así, considera que casi todos los argumentos que ponen en tela de juicio la existencia de la ciencia jurídica, proceden, en definitiva, de un principio subjetivista¹⁴.

En resumen, podríamos decir que Kelsen distingue dos nociones de soberanía. La primera es la noción tradicional, de poder supremo del Estado, vinculada a la supremacía del derecho estatal por sobre el internacional y al punto de vista subjetivista criticado por Kelsen. Esta es la noción que dice Kelsen debe ser “erradicada” de la Teoría del Estado y del derecho Internacional y su abuso político denunciado.

Por otra parte, podríamos decir que identifica una noción “formal” de soberanía. Si uno habla de “soberano” en este contexto dota al concepto de un significado que es totalmente

¹² Ibid., p. 534.

¹³ Ibid., p. 535.

¹⁴ Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 173.



diferente del sentido original y propio. Aquí, expresa simplemente la noción de que el orden jurídico estatal está sujeto al derecho internacional solamente y a ningún otro orden jurídico, y que, por lo tanto, en la terminología personificante del derecho, el Estado es jurídicamente independiente de otros Estados. La llamada “soberanía” del Estado, entonces, es nada más que su relación inmediata con el derecho internacional. Entonces, siendo el punto de partida la primacía del derecho internacional, para Kelsen la engañosa expresión “Estado soberano” debe ser reemplazada por la expresión “*relación inmediata del Estado con el derecho internacional*”. Tampoco en este contexto sería correcto hablar de soberanía “relativa” de los Estados, porque esa expresión es contradictoria en sí misma. Para Kelsen, erradicando la noción tradicional de soberanía, es más sencillo afirmar la supremacía del derecho internacional tan importante en su doctrina para la consecución de la paz.

Así, este planteo se vincula de manera directa con las ideas de Kelsen acerca de la guerra¹⁵ y la paz. En *Peace Through Law*¹⁶, de 1943, Kelsen desarrolla su estrategia en torno a la posibilidad de lograr la paz mediante el derecho, lo cual es totalmente compatible con su elección en favor de la primacía del derecho internacional por sobre el nacional y, en definitiva, la elección de toda su teoría jurídica por el derecho por sobre el poder político. En esta obra Kelsen sostiene que el próximo paso para perfeccionar el derecho internacional y avanzar en la prevención de la guerra es el de “concertar un tratado internacional a concluirse por tantos estados como sea posible, los victoriosos tanto como los vencidos, estableciendo una corte internacional dotada de jurisdicción compulsiva”¹⁷. Así, la apuesta de Kelsen es por la creación de órganos jurisdiccionales de jurisdicción obligatoria, no por órganos políticos de pacificación, lo cual, nuevamente, es coherente con toda su elaboración teórico jurídica previa.

3. La visión de Carl Schmitt sobre lo político y el derecho internacional

Cuando hacia 1936 Schmitt pasó a ocupar un lugar relegado entre quienes apoyaban al régimen nazi y aspiraban a posiciones de poder¹⁸, la temática de sus publicaciones viró hacia el derecho internacional y las relaciones internacionales. Las primeras obras de ese período serían: *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, de 1938, *Land und Meer*, de 1942,

-
- 15 Para una comparación de las ideas sobre la guerra de Kelsen y Schmitt ver en esta misma revista el trabajo de Manuel Gómez Restrepo, “La guerra: una visión comparada desde Schmitt y Kelsen”, EAFIT. *Journal of International Law*, Vol. 2, 01, January - June 2011, Colombia.
- 16 Aparecido por primera vez en el “*Journal of Legal and Political Sociology*”, vol. 2, en 1943 y editado posteriormente, con ampliaciones, en volumen aparte, en 1944, Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- 17 Hans Kelsen, “La paz por medio del derecho”, en: Hans Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 273
- 18 Los ataques que Schmitt recibiera en la prensa nazi entre 1936 y 1937 y que provocaron su alejamiento del escenario político, no se debieron a una actitud de resistencia de Schmitt hacia el nacionalsocialismo ni a una retracción de los elementos nacional socialistas en sus trabajos, sino que muy por el contrario, la excesiva obsecuencia mostrada por el jurista por aquellos años, provocó en sus poderosos enemigos y competidores en el profesorado, en el partido y especialmente en las SS, tanto incredulidad como idea de provocación. Cf. Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, 1ª ed., Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 117. También cf. Joseph Bendersky: *Carl Schmitt teórico del Reich*, 1ª ed., Bologna, Il Mulino, 1989.



Der Nomos der Erde, de 1950 y *Theorie des Partisanen*, de 1963. Si bien a partir de este período los ejes de la teoría del espacio y la concepción de la guerra y la paz en la modernidad pasaron a protagonizar la obra del jurista de Plettenberg, lo cierto es que no podemos afirmar que exista una ruptura, entre los trabajos de este período y del anterior, dado que muchos de los conceptos elaborados ya en *Begriff des Politischen* [Concepto de lo político], continúan presentes en los trabajos de esta etapa.

En líneas generales se podría decir que la visión internacionalista de Schmitt se acerca en muchos sentidos al realismo de E. H. Carr y Hans Morgenthau¹⁹. Esa visión es sumamente crítica a todo tipo de universalismo y de cosmopolitismo, con lo cual se ubica en las antípodas de la obra de Kelsen. En ese sentido, la advertencia de Schmitt es acerca de los potenciales peligros que podrían traer nuevas formas de imperialismo ocultas tras la máscara del universalismo liberal. También son conocidas sus críticas a la Sociedad de las Naciones, su rechazo para toda organización internacional que se inspire en convicciones morales, como así también su teoría de los grandes espacios o “*Großraum*”, que ha sido vinculada con el compromiso de Schmitt con el régimen nazi y la doctrina del “espacio vital” alemán²⁰.

Esta opción filosófica y jurídica de Schmitt se encuentra claramente determinada por la noción de lo político que afirma²¹, que si bien es una constante en toda su obra, aparece desarrollada mayormente en la ya mencionada obra de 1927, *Concepto de lo político*²². Allí, como es conocido, Schmitt define a lo político a partir del concepto de enemistad [*Feindschaft*] y rescata su autonomía. La distinción propiamente política es para nuestro autor la distinción entre el amigo y el enemigo²³ [*Freund und Feind*]. Se trata de una enemistad existencial, el enemigo es existencialmente otro distinto, un extranjero, con el cual caben conflictos existen-

-
- 19 Al respecto ver William Scheuermann, “Another Hidden Dialogue: Carl Schmitt and Hans Morgenthau”, en: William Scheuermann, *Carl Schmitt: The End of Law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999. p. 225-252 y la tesis de doctorado de Ramón Campderrich Bravo, *Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945)*, Universitat de Barcelona, 2006.
- 20 En ese sentido se pronuncian Alessandro Campi, “Gran espacio y unidad política del mundo”, en: Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (comp.), *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*, 1º ed., Buenos Aires, Prometeo, 2007, p. 63-78. Para Campi es errónea la visión de quienes -como Julien Freund o Bendersky- creen que Schmitt se dedicó a la temática internacional en particular después de 1936, para huir de las censuras del ala más intransigente del partido nazi. Para Campi, la teoría del nomos de la tierra y el análisis de las transformaciones sufridas por el concepto de guerra son aspectos constantes de la vida intelectual de Schmitt. Julien Freund, por el contrario, sostiene la idea de que la teoría de los grandes espacios de Schmitt nada tiene que ver con el espacio vital del cual se hablaba en la época, sino que Schmitt se inspira en la doctrina Monroe. Julien Freund, “Las líneas clave del pensamiento político de Carl Schmitt”, en: Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (comp.), *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*, 1º ed., Buenos Aires, Prometeo, 2007, p. 55.
- 21 Leo Strauss, “Comentario sobre *El Concepto de lo Político* de Carl Schmitt”, en: Heinrich Meier, *Carl Schmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político. Sobre un diálogo entre ausentes*, 1º ed., Buenos Aires, Katz, 2008.p. 75.
- 22 *Der Begriff des Politischen*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1927. El texto apareció en 1927 bajo la forma de un artículo, y en 1932 bajo la forma de libro. Schmitt agregó tres corolarios, uno de 1931, 1938 y 1950. En 1963, Schmitt añade un prefacio.
- 23 Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991, p. 56.



ciales²⁴. Es también un enemigo público, no es odiado en la esfera privada y personal²⁵, sino que es un adversario público. Es *hostis* no *inimicus*, retomando la antigua distinción romana que reservaba el primer término para el enemigo en la esfera pública y el segundo para el enemigo privado. Desde la concepción schmittiana toda teoría política que se precie de tal no puede partir de un optimismo antropológico, no puede prescindir de la realidad de la enemistad humana. Todas las teorías políticas propiamente dichas descansan en el supuesto²⁶ de que el hombre es malo por naturaleza y esto se demuestra, dice Schmitt, en todos los pensadores propiamente políticos²⁷. Asimismo, este concepto de enemigo implica para Schmitt la posibilidad real de una guerra, pero la politicidad no está en el mismo combate sino que en un comportamiento determinado por la posibilidad real de una guerra: la guerra no es el objetivo o el contenido de la política sino que constituye su presupuesto, que siempre está dado como posibilidad real y así determina la acción y el pensamiento humanos, originando un comportamiento específicamente político²⁸. Por eso entiende que la guerra no es la continuación de la política por otros medios²⁹, es sólo su presupuesto.

De aquí las críticas de Schmitt a las ideas pacifistas y a la noción de humanidad. Un mundo sin la posibilidad de la guerra sería un mundo sin la distinción del amigo y el enemigo, y, por tanto, un mundo sin política³⁰. Así también, la idea misma de “humanidad” excluye el concepto del enemigo, ya que la humanidad como tal, no puede hacer guerra alguna ya que no tiene un enemigo identificado. Por eso es un instrumento especialmente adecuado para la expansión imperialista del propio poder, un instrumento típico del imperialismo económico³¹.

24 El enemigo no es meramente un competidor, como intenta presentar el liberalismo, que pretende disolver el concepto de enemigo por el lado de lo económico, con la noción de oposición, o por el lado del espíritu, con la noción de oponente en la discusión. *Ibid.*, p. 58.

25 *Ibid.*, p. 59.

26 El último supuesto de la afirmación de lo político es la afirmación de la peligrosidad del hombre. Strauss se pregunta: ¿es realmente tan ineluctablemente segura la peligrosidad del hombre? El propio Schmitt califica esta hipótesis como una “suposición” o una “profesión de fe antropológica”. Entonces, la peligrosidad del hombre sería algo supuesto o creído, pero no sabido, por lo que podría considerarse posible también lo contrario y poner en marcha el intento de eliminar la peligrosidad del hombre, que hasta ahora fuera real. Si dicha peligrosidad solo es creída y no sabida, entonces se encuentra amenazado también lo político. Resalta Strauss que si como dice Schmitt, lo político está amenazado, entonces no es tan segura su afirmación de lo ineluctable de la peligrosidad del hombre. Entonces lo político es ineluctable en tanto exista al menos una oposición política, aunque sólo sea en el plano de lo posible, Leo Strauss, “Comentario sobre *El Concepto de lo Político* de Carl Schmitt”, *op. cit.*, p. 152.

27 Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, *op. cit.*, p. 90.

28 *Ibid.*, p. 64.

29 Para Schmitt, la famosa frase de Clausewitz, citada mayormente de manera inexacta, implica en realidad que la guerra no es uno de tantos instrumentos de la política sino, en realidad, la última ratio del agrupamiento de amigos y enemigos. La guerra se rige por sus propias reglas, tiene su propia “gramática”. *Ibid.*, pp. 63-64. Para ahondar más en el papel de la guerra en Clausewitz y las ideas de Schmitt sobre él ver Carl Schmitt, *Clausewitz como pensador político*, con prólogo de Luís María Bandieri, Buenos Aires, Struhart y Cía., s/f. y también René Girard, *Clausewitz en los extremos: Política, guerra y apocalipsis*, Buenos Aires, Katz, 2010.

30 Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, *op. cit.*, p. 65.

31 *Ibid.*, p. 83. Schmitt trae a colación aquí una frase del anarquista Proudhon: “Quien dice humanidad, quiere engañar”. “Aludir a la Humanidad sólo puede poner de manifiesto la aterradora pretensión de negar al enemigo en calidad de hombres, declararlo *hors-la-loi* y *hors l’humanité*, y llevar así la guerra a la más extremada inhumanidad”. *Ibid.*, p. 84.



Pero no es un concepto político. En relación a este punto es ineludible referirse a los debates teóricos acerca de si la concepción política de Schmitt es o no belicista³². En ese sentido es interesante la opinión que sugiere que Schmitt antes que un belicista, es un defensor del orden, que cree necesario relativizar los conflictos internos del Estado y salvaguardar la unidad política frente a las contingencias externas³³. Desde su punto de vista, el Estado extrae su legitimidad y eficacia de asegurar el orden y evitar la guerra, su función específica es la pacificar. La visión política de Schmitt es ciertamente de lucha³⁴, pero eso no significa que identifique la guerra con la política.

Así, la posibilidad de un “Estado mundial” que abarque la humanidad entera es algo que jamás podrá darse para Schmitt. En un mundo en el que la posibilidad de la guerra fuera nula, no habría ni política ni Estado. El mundo político es, desde su punto de vista, un *Pluriversum*, no un *Universum*. Y en este sentido, cree que toda teoría política es “pluralista”³⁵. Sería una ficción engañosa postular la posibilidad de que es inminente la posibilidad de una “paz mundial”, como un estadio idílico de absoluta y definitiva despolitización. Todo Estado, presupone siempre la existencia de otros Estados y la enemistad precisa persistir entre Estados, aunque no al interior de éstos. Para Schmitt el Estado es, en la historia europea de los últimos siglos, la forma clásica de unidad política y ella concentra las decisiones políticas instaurando la paz interior. Al Estado le corresponde el *jus belli*, la responsabilidad real de determinar en caso dado al enemigo y combatirlo³⁶ y este *jus belli* supone la posibilidad de hacer la guerra y disponer abiertamente de la vida de los hombres. Pero su actividad normal consiste en la completa pacificación en mantener la paz en su interior y ante una situación crítica, conduce al hecho de que el Estado, como unidad política, decide también quién es el *enemigo interno*³⁷.

Es por esto que Schmitt advierte sobre los peligros de la época de despolitización y neutralización³⁸ que se cierne sobre el siglo XX. Se trata de un proceso que busca aniquilar la política misma. Este fenómeno tuvo su inicio con las ideas liberales que implantaron una filosofía

32 Sobre este debate acerca del “belicismo” en Schmitt ver entre otros Jorge Dotti, *Carl Schmitt en Argentina*, 1ª ed., Buenos Aires, Homo Sapiens, 2000, p. 673.

33 José Fernández Vega, “Aproximaciones al enemigo”, en: Jorge Dotti y Julio Pinto (edit.) *Carl Schmitt: su época y pensamiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, p. 44.

34 Cf. Juan Carlos Corbetta, “Imágenes de la política según Carl Schmitt”, *Foro Político, Revista del Instituto de Ciencias Políticas*, Universidad del Museo Social Argentino, XXII, 1998, pp. 67-78.

35 Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, op. cit., p. 83. Sin embargo, es necesario aclarar que el sentido que tiene aquí el término “pluralismo” no es el mismo que tiene en otras partes de su obra, donde es entendido en un sentido peyorativo.

36 *Ibid.*, p. 74.

37 *Ibid.*, p. 75. Por esa razón, sostiene Schmitt, en todo Estado se dan de una forma u otras formas de proscripción, destierro, ostracismo, de poner fuera de la ley, en una palabra, de declarar a alguien enemigo dentro del Estado.

38 Schmitt agrega como corolario de la edición de 1932 del *Concepto de lo político*, un texto titulado “La época de la neutralidad y despolitización”. Es interesante plantear que existe cierta tensión en el hecho de que por un lado entienda que la conflictividad del hombre es un hecho ineludible de la realidad y al mismo tiempo plantee la posibilidad de un proceso de despolitización que logre en efecto aniquilar la política.



de la historia que planteaba la llegada de una época de paz universal. Estas ideas ya se encuentran, para Schmitt, en la disertación de Benjamin Constant de 1814, donde sostiene que *hemos llegado a la época de comercio y de la industria, época que debe necesariamente sustituir a la de las guerras*. Así, para Constant, dado que ni la guerra ni la conquista violenta están en condiciones de aportar las satisfacciones y el confort que nos proporcionan el comercio y la industria, las guerras no reportan ninguna ventaja e incluso la guerra victoriosa es para el vencedor un mal negocio³⁹. Es por eso que cree Schmitt que es necesario luchar contra el liberalismo, es necesario oponerle “otro sistema” y esa primera palabra en contra del pensamiento liberal no es otra que la afirmación de lo político⁴⁰. Para poder acabar con la cortina de humo que el liberalismo ha puesto entre nosotros y la realidad, es *necesario mostrar lo político como tal y de modo tal que sea imposible de negar, sacar lo político de la oscuridad y traerlo a la luz*⁴¹, para que se pueda plantear de manera seria la cuestión del Estado.

Así podemos afirmar que, a partir de esta breve caracterización de las ideas de Schmitt en torno a la posibilidad de un orden mundial y del papel del conflicto en lo político, sus ideas se entroncan dentro de aquellos que cuestionan la “juridicidad” del derecho internacional y la posibilidad de considerar a la guerra como una sanción justa⁴². Para Schmitt no tiene sentido hablar de una justicia moral o jurídica de la guerra, sino, en todo caso de las condiciones materiales de la misma⁴³. En definitiva, su teoría jurídica y política tiende a afirmar el concepto de soberanía del Estado⁴⁴ y la idea de conflicto como eje de la politicidad y a negar, la posibilidad de que la guerra y los conflictos puedan ser prevenidos o eliminados del escenario político.

4. Hermann Heller, la soberanía y el derecho internacional

Finalmente presentamos aquí algunas de las ideas del jurista socialdemócrata Herman Heller, quien criticó tanto las concepciones sobre el derecho y el Estado de Kelsen como las de Schmitt⁴⁵, y cuyas ideas son consideradas como un punto intermedio entre las de ambos juristas⁴⁶. Su noción de soberanía opuesta a la de Kelsen, plantea una manera distinta de ver el derecho internacional pero también es coherente con una visión del espacio político

39 Ibid., p. 103.

40 Leo Strauss, “Comentario sobre *El Concepto de lo Político* de Carl Schmitt”, op. cit., p. 134.

41 Ibid., p. 135.

42 Cristina García Pascual, “Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen”, en: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, no. 2, 1999, p. Disponible en <http://www.uv.es>, accedido en 28 de abril de 2007.

43 Cf. Carl Schmitt: *El nomos de la tierra. En el Derecho de Gentes del “Jus publicum europaeum”*, 1ª ed., Buenos Aires, Struhart, 2005.

44 Sobre el concepto de soberanía en Schmitt cf. Carl Schmitt: *Teología Política*, 1ª ed., Buenos Aires, Struhart, 2005, especialmente p. 23 y ss.

45 Si bien también tuvo un momento “decisionista” en el cual se acercó más a Schmitt y sobre el final de su vida una más “normativista” donde se acercó más en sus ideas a Kelsen.

46 En ese sentido cf. David Dyzenhaus: *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, 1ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1997 y Gerhart Niemeyer, en su prólogo a Hermann Heller, *Teoría del Estado*, 5ª reimp., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992.



fuertemente estatalista y nacionalista, tributaria de las ideas de su época. En la misma línea que Schmitt, aunque con otros argumentos, Heller plantea la primacía del derecho nacional por sobre el internacional.

Se podría afirmar que lo que más le molesta a Heller de Kelsen es precisamente su crítica a la noción de soberanía, en otras palabras, su afirmación del predominio del derecho sobre el poder a partir de la reconstrucción del Estado como mero ordenamiento normativo. Heller escribió en 1927 una obra referida a la cuestión de la soberanía llamada *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts* - La Soberanía, Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho Internacional⁴⁷. Allí reivindica el concepto de soberanía sosteniendo que el jurista tiene que partir de ese hecho en su análisis del orden jurídico. De no hacerlo, quien estudia el derecho pierde la materia de su disciplina, que es el derecho positivo y “*queda, con su ciencia y su arte, colgando en el aire*”⁴⁸.

En esta obra Heller denunció el intento de Kelsen por ocultar o disolver el concepto de soberanía, a partir de subsumir al Estado en el orden jurídico. Así, en manos de Kelsen la soberanía pasaría a ser una cualidad del orden jurídico personificado en el Estado. Al igual que lo hace en reiteradas ocasiones Schmitt, Heller identifica las ideas de Kelsen con el pensamiento democrático-liberal⁴⁹, e incluso llega a afirmar que bien podrían ser las ideas de Kelsen, al subsumir al Estado en el ordenamiento jurídico, las de un anarquismo disfrazado⁵⁰. Para Heller es Schmitt quien representa el “*único intento importante para regenerar el dogma de la soberanía*” a partir de postular la idea de un sujeto de voluntad con capacidad para ser su titular. Sin embargo, cree que Schmitt pretende sustituir la soberanía ficticia del Estado con la soberanía de uno de los órganos estatales, oponiendo su concepción decisionista a la doctrina que cree en la fuerza racional de la ley.

Así, Heller señala como principal problema de la idea de soberanía de Kelsen, el de la falta de un sujeto. Para él, nunca se había llegado “*en forma tan radical*” a la despersonalización del mundo de lo jurídico⁵¹ y de ello se desprende la ausencia de patria y de soporte para el concepto de soberanía de la Teoría Pura del Derecho. En definitiva, esta carencia de sujeto se explicaría para Heller a partir de la noción de validez mantenida por Kelsen. Para Heller, el jurista de Viena confunde la validez lógica del razonamiento con la validez fáctica del orden normativo. Ésta última sólo puede ser, para Heller, una validez jurídica de naturaleza empírica. Así, a diferencia de Kelsen, Heller busca la validez del derecho en el hombre, en el pueblo y en sus vidas, entendiendo que el deber ser jurídico es un producto del ser, es la norma que

47 Hermann Heller, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts*, Berlin & Leipzig, 1927. Este escrito y otras obras centrales de Heller han sido publicados en alemán en 1971 bajo el título de *Gesammelte Schriften*. Bd.1-3, Leiden, A.W. Sijthoff.

48 Hermann Heller, *La soberanía*, 2ª ed., Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 91 y Hermann Heller, *Las ideas políticas Contemporáneas*, 1ª edición, Barcelona, Labor, 1930, p. 142.

49 *Ibid.*, p. 88.

50 *Ibid.*, p. 91.

51 *Ibid.*, p. 90.



se da el ser, el pueblo, para regir su conducta. En cambio, para Kelsen, la validez proviene de la correspondencia jerárquica entre normas, lo que refleja para Heller -paradójicamente- el “iusnaturalismo” kelseniano. Para ser claros, Heller cree que Kelsen es un iusnaturalista, pero sólo formalmente⁵², porque no funda la validez de la norma jurídica en un acto individual de voluntad enmarcado dentro de un campo de las normas jurídicas fundamentales, sino que pretende deducirla de abstracciones lógicas carentes de contenido.

Así llegamos a la definición de soberanía propuesta por Heller. Para el socialdemócrata, la soberanía es la propiedad de una unidad de acción y de decisión universal sobre el territorio, en virtud de la cual, para garantizar el derecho, se afirma de modo absoluto, circunstancialmente, “*incluso en contra del Derecho*”⁵³. En este punto podemos observar claras divergencias con la noción kelseniana. Mientras que por un lado, se postula la soberanía como una propiedad de decisión -en consonancia con Schmitt- llega Heller incluso a afirmar la posibilidad de que el soberano pueda pronunciarse *incluso en contra del derecho*. Aquí se manifiesta para Heller en todo su esplendor el problema de la soberanía. Justamente el fenómeno estatal contrario al derecho, que tiene la misma naturaleza en el derecho interno como en el internacional, es lo que constituye el hecho unitario de la soberanía⁵⁴.

En otras palabras, para Heller los actos estatales contrarios a derecho adquieren un carácter normativo a condición de que no los destruya otro acto de la misma instancia o de una instancia superior. Esta destrucción supone, ante todo, una universalidad potencial, y, en segundo lugar, la efectividad actual de la decisión destructora. Sin embargo, Heller resalta que estas dos cualidades se reúnen en nuestros días únicamente en el estado soberano, ya que no existe aún sobre el estado ni una unidad decisoria ni una unidad de acción universales, capaces de impedir que el acto estatal contrario a derecho se transforme en derecho: “*en tanto exista el derecho internacional y en la medida en que no esté sustituido por un estado mundial, tienen que existir estados soberanos, de donde surge la posibilidad de que un acto estatal violador del derecho del estado o del internacional, cree final e inapelablemente un derecho nuevo*”⁵⁵.

En consecuencia, el otro aspecto para resaltar de la concepción de Heller radica en la posición que le da al derecho internacional en relación a su noción de soberanía estatal y el rescate que elabora del concepto. En este punto Heller defiende, al igual que Kelsen, la postura monista del derecho. Sin embargo, a diferencia de Kelsen, Heller subordina el derecho internacional al nacional, postulando que es éste último el que prevalece en caso de conflicto. Para Heller, “*todo Derecho –incluso el Internacional- puede reducirse al Derecho nacional, es*

52 Ibid., p. 139.

53 Hermann Heller, *La Soberanía*, op. cit., p. 289.

54 Ibid., p. 281.

55 Ibid., p. 281.



*decir, al Derecho del Estado soberano*⁵⁶. En efecto, para Heller esto queda demostrado en la circunstancia de que ningún tratado internacional pueda nacer sin la aprobación de todos los estados que participan en su formación y de que únicamente pueda ser objetivado por la acción de unidades de voluntad que no estén subordinadas a otra unidad decisoria universal⁵⁷.

Así, Heller considera que la concepción del derecho internacional que no tome como punto de partida la existencia de una pluralidad de unidades de voluntad soberanas, está de antemano y necesariamente destinada al fracaso⁵⁸. Para el jurista, el derecho internacional existe únicamente en la medida en que, por lo menos, están presentes dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas y desde este punto de vista, la idea del Estado soberano es un presupuesto necesario del pensamiento internacional, mientras que, por el contrario, la idea del derecho internacional no es un presupuesto indispensable para el pensamiento estatal.

Es por eso que cree que en la medida en que la doctrina moderna del derecho internacional no elimina la totalidad del concepto de soberanía, procura, por lo menos, hacerlo inofensivo. De esta manera, *“pretende arrancarle las manos y los pies, explicando la naturaleza de la soberanía, ya como una especie de la capacidad jurídica de acción, bien como una competencia internacional, ya, finalmente, como una esfera de libre acción concedida por el Derecho Internacional”*⁵⁹. La postura de Heller, en cambio, apunta a afirmar la soberanía del Estado como presupuesto del derecho internacional, poniéndose así en la vereda opuesta a Kelsen.

Finalmente, la postura de Heller frente a las relaciones internacionales se inscribe, como la de Schmitt en el realismo clásico. Heller desconfía de la posibilidad de contar con una jurisdicción universal, lo que se ve claramente cuando critica la actuación de los tribunales internacionales hasta la primera guerra mundial⁶⁰ y en su análisis del papel de la Sociedad de las Naciones⁶¹, que identifica no como una instancia decisoria universal porque siempre depende en sus funciones de los límites que le pongan los Estados. Es por eso que Heller concluye que *“(c)ada instancia decisoria creada convencionalmente, un tribunal o una instancia arbitral o una mediación política, tiene como límites fijos la soberanía de los estados delegantes. El estado que no se ha sometido convencionalmente a una instancia decisoria es el único que decide, por sí y ante sí, dentro del marco de las normas jurídicas fundamentales, cuáles son los límites de su actividad”*⁶².

56 Ibid., p. 220.

57 Ibid., p. 233.

58 Ibid., p. 225.

59 Ibid., p. 279.

60 Ibid., p. 282.

61 Recordemos que Heller murió en 1934, con lo que sólo pudo analizar el papel de la Sociedad de las Naciones y no el de las Naciones Unidas.

62 Ibid., p. 286.



5. Algunas Conclusiones

Podemos afirmar que las nociones acerca de la soberanía y lo político que sostienen Kelsen, Schmitt y Heller los lleva a sostener distintas posturas acerca del lugar y el alcance del derecho internacional y la posibilidad de erradicar la guerra de las relaciones internacionales. Mientras que en Kelsen la crítica de la idea de soberanía es un presupuesto de su afirmación de la supremacía del derecho internacional por sobre el nacional, en Schmitt y Heller, la afirmación de la noción de lo político (Schmitt) y de la idea de soberanía (Heller), dan cuenta de su postura, incrédula, frente al derecho internacional como medio de pacificación.

Por un lado, podemos observar en la crítica al universalismo y al cosmopolitismo de Schmitt, una afirmación muy fuerte del sentido de lo político. La crítica de Schmitt a posturas como la de Kelsen no se basa en discusiones jurídicas sino esencialmente políticas. En definitiva, lo que encontramos detrás de esta discusión es un debate en torno al lugar que ocupan el derecho y la política en la organización de la sociedad. Mientras que Kelsen privilegia el derecho por sobre el poder⁶³, Schmitt hace lo inverso.

Por otro lado, encontramos en la insistente afirmación de Heller del concepto de soberanía como presupuesto del derecho internacional una crítica a la visión puramente normativista kelseniana. Si bien analizamos aquí solamente sus críticas a la concepción de soberanía de Kelsen, es posible encontrar en la obra de Heller una crítica al concepto mismo de derecho, y de Estado, del autor de la Teoría Pura. La teoría jurídica y política de Heller es fuertemente estatista y nacionalista, sin embargo, es notable que muchas de sus ideas en torno al Estado social de derecho y la comunidad de cultura, sean hoy tomadas por autores fuertemente cosmopolitas como Peter Häberle⁶⁴ y Jürgen Habermas⁶⁵.

Finalmente, y sin negar las críticas que pueden realizarse al modelo kelseniano sobre el derecho internacional y la soberanía, es cierto que no podemos negar el gran mérito histórico de Kelsen al brindar a los estudios de derecho internacional un giro decisivo que les ha llevado a superar la angosta perspectiva del iuspositivismo estatista y a plantearse el problema del orden mundial en términos profundamente novedosos⁶⁶. Kelsen logró anticiparse a muchos de los problemas jurídicos e institucionales que planteó el nuevo orden mundial tras la caída

63 Cf. Norberto Bobbio, "Kelsen y el problema del poder", *Crítica Jurídica*, N° 8, 1988, Puebla.

64 Cf. Peter Häberle, "¿Existe un espacio público europeo?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año No. 2, No. 3, 1998, pp. 113-136 y Peter Häberle, "El Estado constitucional europeo", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 2, México, 2000, pp. 87- 104.

65 Jürgen Habermas "¿Por qué Europa necesita una Constitución?", *New Left Review*, Madrid, No. 11, 2001, pp. 5-25; Jürgen Habermas, "Constitucionalización del derecho internacional y problemas de legitimación de una sociedad mundial constitucionalizada", en Jürgen Habermas ¡Ay Europa! Pequeños escritos políticos XI, Madrid, Trotta, 2009 y el muy reciente trabajo titulado *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, 1ª ed., Berlin, Suhrkamp, 2011.

66 Danilo Zolo: *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, 1ª ed., Madrid, Dykinson, 2005, p. 43



del muro y los avances de la globalización. La creciente afirmación de la doctrina de los derechos humanos y la operatividad de subjetividad del derecho internacional también para individuos, es una muestra de que las ideas de Kelsen sobre el derecho internacional no carecen de actualidad.



Bibliografía

Alessandro Campi, “Gran espacio y unidad política del mundo”, en: Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (comp.), *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*, 1ª ed., Buenos Aires, Prometeo, 2007, p. 63-78.

Bernd Rütters, Carl Schmitt en el Tercer Reich, 1ª ed., Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Carl Schmitt, Clausewitz como pensador político, con prólogo de Luíís María Bandieri, Buenos Aires, Struhart y Cía., s/f.

--- *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991

--- Cambio de Estructura del Derecho Internacional. Conferencia dada en la Universidad de Berlín en el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1943.

--- El nomos de la tierra. En el Derecho de Gentes del “Jus publicum europaeum”, 1ª ed., Buenos Aires, Struhart, 2005.

Cristina García Pascual, “Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen”, en: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, no. 2, 1999. Disponible en <http://www.uv.es>, accedido en 28 de abril de 2007.

Danilo Zolo: Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico, 1ª ed., Madrid, Dykinson, 2005.

David Dyzenhaus: Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, 1a ed., Oxford, Oxford University Press, 1997.

Hans Kelsen, “La paz por medio del derecho”, en: Hans Kelsen, La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Losada, 1946,

--- “Sovereignty”, en: Stanley Paulson y Bonnie Litschewski Paulson, (edit.), Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Oxford, Clarendon Press, 1998,

--- Teoría General del Estado, Barcelona, Labor, 1934

--- Teoría Pura del Derecho, (trad. Roberto Vernengo de la segunda edición en alemán), México, UNAM, 1986

Hermann Heller, La soberanía, 2ª ed., Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 1995,



- *Las ideas políticas Contemporáneas*, 1ª edición, Barcelona, Labor, 1930,
- *Teoría del Estado*, 5a reimp., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- Jorge Dotti y Julio Pinto (comp.): Carl Schmitt, su época y su pensamiento. Buenos Aires: Eudeba, 2002.
- Jorge Dotti, Carl Schmitt en Argentina, 1ª ed., Buenos Aires, Homo Sapiens, 2000,
- José Fernández Vega, “Aproximaciones al enemigo”, en: Jorge Dotti y Julio Pinto (edit.) Carl Schmitt: su época y pensamiento, Buenos Aires, Eudeba, 2002
- Joseph Bendersky: Carl Schmitt *teorico del Reich*, 1ª ed., Bologna, Il Mulino, 1989.
- Juan Carlos Corbetta, “Imágenes de la política según Carl Schmitt”, Foro Político, Revista del Instituto de Ciencias Políticas, Universidad del Museo Social Argentino, XXII, 1998, pp. 67-78
- Julien Freund, “Las líneas clave del pensamiento político de Carl Schmitt”, en: Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (comp.), Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt, 1ª ed., Buenos Aires, Prometeo, 2007.
- Jürgen Habermas “¿Por qué Europa necesita una Constitución?”, New Left Review, Madrid, No. 11, 2001, pp. 5-25
- “Constitucionalización del derecho internacional y problemas de legitimación de una sociedad mundial constitucionalizada”, en Jürgen Habermas ¡Ay Europa! Pequeños escritos políticos XI, Madrid, Trotta, 2009
- *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, 1ª ed., Berlin, Suhrkamp, 2011.
- Leo Strauss, “Comentario sobre El Concepto de lo Político de Carl Schmitt”, en: Heinrich Meier, Carl Schmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político. Sobre un diálogo entre ausentes, 1ª ed., Buenos Aires, Katz, 2008.
- Norberto Bobbio, “Kelsen y el problema del poder”, *Crítica Jurídica*, N° 8, 1988, Puebla
- Peter Häberle, “El Estado constitucional europeo”, Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 2, México, 2000, pp. 87- 104.
- “Existe un espacio público europeo?”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año No. 2, No. 3, 1998, pp. 113-136



René Girard, Clausewitz en los extremos: Política, guerra y apocalipsis, Buenos Aires, Katz, 2010.

William Scheuermann, "Another Hidden Dialogue: Carl Schmitt and Hans Morgenthau", en: William Scheuermann, Carl Schmitt: The End of Law, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999. p. 225-252.



¿HACIA UN ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL?

GÉNESIS Y DESARROLLO DE LA PROMOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN EL SENO DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.

✉ Por: César Villegas Delgado¹

Resumen:

La promoción del Estado de Derecho constituye, después del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el principal reto y desafío que enfrenta la Organización de las Naciones Unidas en la actualidad. En este artículo el autor analiza la evolución que la promoción del Estado de Derecho ha experimentado dentro de la práctica de la Organización de las Naciones Unidas, evolución que ha ido de la internacionalización de un modelo interno de Estado de Derecho a la postulación de un modelo eminentemente internacional inspirado en tal principio y se pregunta, por otra parte, si a la luz del desarrollo actual del sistema internacional y del Derecho internacional sería posible hablar de un hipotético “Estado de Derecho Internacional”.

Palabras clave:

Organización de las Naciones Unidas, Estado de Derecho, Estado de Derecho Internacional, Preeminencia del Derecho.

1 Doctor en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por la Universidad de Sevilla (España). Master en Derechos Humanos y Master en Jurisdicción Penal Internacional por la Universidad Internacional de Andalucía (España). Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Sevilla (España). Profesor e investigador visitante en la Universidad de Ámsterdam, la Universidad de Leiden, la Academia de Derecho Internacional de La Haya (Países Bajos), la Universidad Robert Schuman, el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo (Francia), el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Alemania), la Universidad Nacional Autónoma de México UNAM (México), el Instituto Erik Castrén de Derecho Internacional y Derechos Humanos de Helsinki (Finlandia). Miembro de la Sociedad Europea de Derecho Internacional y de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Email: cvillegas@us.es



Abstract:

The promotion of the Rule of Law is, after maintaining the international peace and security, one of the main challenges facing the United Nations Organization in the current century. In this paper the author analyzes the evolution that the promotion of the Rule of Law has experienced in the heart of the United Nations, evolution that starts from the internationalization of a domestic model of the Rule of Law and ends with the postulation of an international model inspired by the Rule of Law. The author also wonders whether, in light of the current development of international law would be possible to conceive an “International Rule of Law”.

Key Words:

United Nations, Rule of Law, International Rule of Law and the Rule of Law among nations.

I.- Introducción

En el documento final aprobado en la *Cumbre Mundial* de 2005, los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de las Naciones Unidas otorgaron un fuerte respaldo político a la promoción y fortalecimiento del Estado de Derecho a escala global. Este principio constituyó la columna vertebral de dicho documento, en el que explícitamente se reconoció “la necesidad de que exista una adhesión universal al Estado de Derecho y a su aplicación en los planos nacional e internacional”². El concepto del Estado de Derecho impregnó efectivamente todo el documento final de la Cumbre: fue considerado un componente decisivo para la realización de varios objetivos, como el crecimiento económico sostenido, el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza y el hambre. Además, fue reconocido como un objetivo en sí mismo, fundamental para la coexistencia pacífica y la cooperación entre los Estados³.

No obstante, a pesar de la relevancia otorgada a este principio, tanto en el plano interno como a nivel internacional, resulta sorprendente que –a la luz de la práctica de los Estados, de las Organizaciones Internacionales y de la jurisprudencia de los Tribunales internacionales– no exista, hoy día, un concepto generalmente aceptado de lo que deba o pueda entenderse por Estado de Derecho.

² En este sentido, véase el párrafo 134 del documento A/RES/60/1 “Documento Final de la Cumbre Mundial 2005”, de 24 de octubre de 2005.

³ Sobre esta cuestión, véase doc. cit., párrafos 11 y 134 a).



Esta situación es particularmente evidente en el ámbito internacional dado que, a la luz de precisiones conceptuales, resulta, por lo menos, complicado aplicar en dicho contexto el término “Estado de Derecho”, no así la idea subyacente a tal principio, es decir, la sumisión del poder público al Derecho.

Dentro de la práctica internacional de la Organización de las Naciones Unidas, la promoción y consolidación del Estado de Derecho ha experimentado una evolución que va de la internacionalización de un modelo interno de Estado de Derecho a la postulación de un modelo internacional inspirado en tal principio. Dentro del presente artículo, pretendemos estudiar el recorrido de esta evolución para, posteriormente, cuestionarnos hasta qué punto se podría hablar de la existencia de un “Estado de Derecho internacional”.

II.- Génesis: la internacionalización de un modelo interno de Estado de Derecho en la práctica de la Organización de las Naciones Unidas

En el seno de la Organización de las Naciones Unidas la preocupación expresa por el estudio del Estado de Derecho –un modelo ampliamente consolidado en el ámbito jurídico estatal interno– surgió, de forma sucesiva, en dos de sus grandes áreas de actuación: primero, en la de la protección internacional de los derechos humanos y, posteriormente, en la de la promoción de la paz y de la seguridad internacionales, concretamente, en el ámbito de la consolidación de la paz en aquellas sociedades que habían padecido un conflicto armado. En el contexto de la promoción y protección internacional de los derechos humanos, como es sabido, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó a través de la Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el preámbulo de la declaración se mencionaba, por vez primera en un documento emanado de las Naciones Unidas, que el Estado de Derecho constituía un elemento esencial para la protección de los derechos humanos. A pesar de esta alusión expresa, y del valor instrumental dado por la Asamblea General a este principio, no se proporcionó una definición del Estado de Derecho.

No obstante, lo que si era posible apreciar –de la lectura del preámbulo de la declaración– era la connotación jurídica estatal interna que se le atribuía a dicho principio. Es decir que, bajo el punto de vista de la Organización de las Naciones Unidas, resultaba esencial que en el interior de los Estados existiesen regímenes respetuosos del Estado de Derecho, como prerequisite, para garantizar la protección y el disfrute de los derechos humanos en el ámbito internacional. Este criterio sería mantenido en la práctica posterior de la Organización de las Naciones Unidas, gracias, sobre todo, a la labor de la Comisión de Derechos Humanos⁴.

4 La Comisión de Derechos Humanos fue establecida por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a través de la Resolución 9 (II) del 21 de mayo de 1946. Desde su creación, la Comisión se convirtió en el principal órgano de adopción de políticas para la promoción de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas. En la actualidad, la Comisión ha sido sustituida por el Consejo de Derechos Humanos, creado mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número A/RES/60/251, de 3 de abril de 2006.



En efecto, durante la preparación de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la Comisión adoptó la Resolución 1992/51, de 3 de marzo de 1992. En ella, la Comisión –firmemente convencida de que el Estado de Derecho era un factor esencial para la protección de los derechos humanos– realizó una lectura extensiva de los objetivos de la conferencia e identificó la ausencia de regímenes respetuosos con las exigencias del Estado de Derecho como uno de los obstáculos que impedía conseguir nuevos avances en la promoción y protección de las libertades fundamentales en el plano universal.

La preocupación por promover el Estado de Derecho, como instrumento para asegurar la protección de los derechos humanos, iba a ser reiterada posteriormente por la Comisión dentro de su Resolución 1993/50 –de 9 de marzo de 1993–, donde, además, afirmaba que el Estado de Derecho contribuía al mantenimiento apropiado de la ley y el orden y al desarrollo de las relaciones sociales, al proporcionar los medios legales necesarios para impedir que el Estado pudiese ejercer de forma arbitraria sus facultades⁵.

Las observaciones planteadas por la Comisión, en ambas resoluciones, serían trasladadas al Comité Preparatorio de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos quien, a su vez, las incorporaría dentro de su plan de trabajo.

Finalmente, en el preámbulo de la *Declaración y el Programa de Acción de Viena* –documento final de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos– se apostó por un orden internacional basado en los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, en particular los referentes a la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales en condiciones de paz, democracia, justicia, igualdad, *imperio de la ley*, *pluralismo*, desarrollo y solidaridad (la cursiva es añadida)⁶.

En dicha declaración, se otorgó un lugar central a la creación de condiciones en las que el disfrute y desarrollo de los derechos humanos pudieran ser una realidad. En este contexto, se hablaba del fortalecimiento de las instituciones encargadas de administrar justicia. En efecto, como quedó plasmado en el parágrafo 34 de la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*:

“Deben desplegarse mayores esfuerzos para ayudar a los países que lo soliciten a crear condiciones en virtud de las cuales cada persona pueda disfrutar de los derechos humanos y las libertades fundamentales universales. Se insta a los gobiernos, al sistema de las Naciones Unidas y a otras organizaciones multilaterales a que aumenten considerablemente los recursos asignados a programas encaminados al establecimiento y fortalecimiento de la legislación, las instituciones y las infraestructuras nacionales que defiendan el Estado de Derecho y la democracia, propicien la participación electoral, promuevan la capacitación, la

5 Estos medios legales consistían, básicamente, en los recursos civiles, penales y administrativos que los sistemas jurídicos y judiciales nacionales debían proporcionar al individuo frente a las violaciones de los derechos humanos. Al respecto, véase el preámbulo de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos número 1993/50, de 9 de marzo de 1993, titulada Fortalecimiento del Estado de Derecho.

6 Declaración y Programa de Acción de Viena, Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993.



enseñanza y la educación en materia de derechos humanos, incrementen la participación popular y fortalezcan la sociedad civil” (la cursiva es añadida)⁷

A la luz de lo anterior, podríamos manifestar que, en ambos instrumentos, la promoción y el fortalecimiento del Estado de Derecho se reafirmaba como un requisito indispensable para garantizar el disfrute de los derechos humanos en el ámbito internacional.

No obstante, y teniendo en cuenta la importancia que se atribuía al Estado de Derecho en la práctica de las Naciones Unidas, resultaba, por lo menos, curioso que no se proporcionase una definición de tal principio, más aún si tenemos en cuenta que, como afirmara posteriormente el Secretario General de las Naciones Unidas⁸, desde la redacción de la Declaración Universal, las actividades de promoción y protección de los derechos humanos llevadas a cabo en el seno de la Organización habían estado guiadas por tal principio.

En todo caso, lo que se podía inferir, de la práctica de la Organización, era la aproximación jurídica estatal interna de la que se partía al promover el Estado de Derecho desde el marco institucional de las Naciones Unidas.

En efecto, el programa de servicios de asesoramiento y asistencia técnica en materia de derechos humanos –guiado por las distintas resoluciones de la Asamblea General y de la Comisión de Derechos Humanos– había venido desarrollando gradualmente su capacidad para prestar asistencia en todas aquellas áreas consideradas estratégicas y prioritarias para el fortalecimiento de los derechos humanos a la luz del Estado de Derecho. Dentro de dicho programa, se consideraba esencial que los esfuerzos orientados a fomentar la protección internacional de los derechos humanos con arreglo al Estado de Derecho, por parte de los Estados miembros de la Organización, comprendiesen, entre otros, los siguientes elementos esenciales:

a) Una Constitución sólida que, como ley suprema del país, entre otras cosas:

- i) Incorporara los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas internacionalmente, tal como se enumeran en la Carta Internacional de Derechos Humanos⁹;
- ii) Estableciera recursos jurídicos eficaces y equitativos en los casos de violación de esos derechos;

⁷ Véase parágrafo 30 del Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993.

⁸ En este sentido, véase el informe titulado *Cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales: fortalecimiento del Estado de Derecho*. Documento A/49/512, de 14 de octubre de 1994.

⁹ La Carta Internacional de Derechos Humanos está integrada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y sus respectivos Protocolos Adicionales.



iii) Confiriera poderes a una judicatura independiente compatible con los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura de las Naciones Unidas;

iv) Enumerara limitaciones permisibles en el goce de los derechos humanos y circunscribiera dichas limitaciones a aquellas establecidas por la ley con el fin de asegurar el debido reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, satisfaciendo las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática, compatibles con el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;

v) Enumerara y limitara los poderes de excepción y las suspensiones permisibles del goce de los derechos humanos y las libertades durante los estados de excepción que fueran compatibles con las disposiciones del artículo 4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*;

vi) Estableciera la no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, filiación política o de otra índole, origen nacional o social, y condición en cuanto a bienes, nacimiento u otro factor, y protegiera a las minorías nacionales;

vii) Instituyera instituciones nacionales de derechos humanos, tales como una oficina del defensor del pueblo o una comisión independiente de derechos humanos, que fueran compatibles con los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales;

viii) Dispusiera la aplicabilidad de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la legislación interna del país;

ix) Definiera y limitara las atribuciones del gobierno y sus distintos poderes entre sí y en relación con el pueblo;

b) Un marco jurídico sólido, establecido con arreglo a la Constitución, que protegiera los derechos humanos, la democracia y estableciera un mecanismo eficaz de recursos en todas las esferas fundamentales.

c) Instituciones nacionales de derechos humanos con funciones y estructuras compatibles con los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales, así como institutos nacionales de investigación y capacitación en materia de derechos humanos;

d) Una judicatura independiente, financiada, equipada y capacitada para defender los derechos humanos en la administración de justicia;

e) Un sistema nacional de capacitación para jueces, fiscales y funcionarios de la policía y de centros penitenciarios que incluyera aspectos relacionados con la protección de los



derechos humanos;

f) Mecanismos eficaces y accesibles de solución de conflictos entre ciudadanos y grupos de la sociedad y entre éstos y los órganos estatales;

g) La plena incorporación al sistema internacional de derechos humanos, incluidas la ratificación de tratados de derechos humanos y la capacitación de los funcionarios gubernamentales en la aplicación de estos y, por último;

h) Medios de comunicación libres, responsables y prósperos, que estuvieran capacitados en los principios de la justicia y la promoción de los derechos humanos y comprometidos con éstos.

Para el Secretario General de las Naciones Unidas, toda esta serie de elementos en su conjunto aportaban un marco jurídico e institucional cuyo objetivo primordial era afianzar el Estado de Derecho en la sociedad y asegurar, a su vez, el goce efectivo de los derechos humanos y la democracia en el ámbito internacional.

En suma, los esfuerzos orientados a fomentar la protección internacional de los derechos humanos con arreglo al Estado de Derecho, promovidos desde el marco institucional de las Naciones Unidas, giraban en torno a la promoción de un modelo jurídico estatal interno: el Estado de Derecho. Para las Naciones Unidas, existía una íntima relación entre la existencia de regímenes internos respetuosos del Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional.

Ahora bien, lo curioso es que, a pesar del gran valor instrumental atribuido por la Organización de las Naciones Unidas al Estado de Derecho –en el marco de la protección internacional de los derechos humanos–, no fue posible identificar, dentro de la práctica de la Organización en la materia, una definición de este principio debido a que, simple y llanamente, nunca se formuló. Para encontrar una definición expresa del Estado de Derecho en la práctica de la Organización tendremos que ubicarnos en el contexto de la promoción de la paz y de la seguridad internacionales.

En efecto, dentro del ámbito específico de la consolidación de la paz en las sociedades post conflicto armado, el Secretario General elaboró la única definición expresa que existe del Estado de Derecho en la práctica internacional de la Organización. En este contexto, la promoción del Estado de Derecho iría abriéndose paso dentro de las operaciones de paz promovidas por Naciones Unidas, en un principio como un asunto periférico a las mismas, pero, paulatinamente, fue ganando terreno hasta llegar a ser considerada como una condición sine qua non para consolidar la paz en el seno de dichas sociedades y, a grandes rasgos, en el ámbito internacional.

Para el Secretario General de las Naciones Unidas, el Estado de Derecho:



«Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal»¹⁰

Con esta definición, el Secretario General trató de armonizar las distintas concepciones e interpretaciones del Estado de Derecho que se habían venido extendiendo dentro de un sector concreto de la práctica internacional de la Organización: el de las operaciones desplegadas después de un conflicto armado.

En este contexto, el Secretario General proporcionó una definición común del Estado de Derecho con la intención de que todos los agentes implicados en las operaciones desplegadas dentro de las sociedades post conflicto armado pudieran articular estrategias coherentes para la promoción de tal principio, puesto que la experiencia había demostrado a la Organización que, aun entre sus colaboradores más cercanos, existían distintas aproximaciones e interpretaciones en torno al Estado de Derecho, lo que dificultaba la consecución de los objetivos planteados por la Organización en dichas operaciones.

En su definición, el Secretario General adoptó una postura sustancial o material sobre el Estado de Derecho¹¹, en el sentido de que, además de los elementos formales de la norma¹², exige que su contenido sea compatible con una serie de valores y principios jerárquicamente superiores como, por ejemplo, la protección de los derechos humanos y las garantías fundamentales –derivados de la dignidad intrínseca de todo ser humano¹³–.

10 Al respecto, véase el párrafo 6 del informe titulado El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Documento S/2004/616, de 3 de agosto de 2004.

11 De acuerdo con las teorías sustanciales o materiales, la legalidad a la que se encuentra sometido el poder público dentro de un Estado de Derecho está orientada por un orden superior de normas, fundamentadas sobre la base de la soberanía popular y la protección de los derechos fundamentales. Por tanto, se considerará un Estado de Derecho sustancial o material aquel Estado que también garantice el compromiso del contenido de la legislación con normas superiores y lo asegure con una Constitución que normativice los derechos fundamentales del individuo mediante una legislación subordinada a esa Constitución. Cfr. T. Stein, Estado de Derecho, Poder Público y Legitimación desde la perspectiva alemana, pp. 11 y ss (Institut de Ciencies Politiques i Socials, Working Papers N° 88, 1994)

12 Es decir, que la norma sea general, clara, abstracta, irretroactiva y que haya sido públicamente promulgada, etc. Sobre el tema, véase Robert S. Summers, "A Formal Theory of the Rule of Law", Ratio Juris, Vol. 6, n° 2, 1993, pp. 127-142 y Paul Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", Public Law, 1997, p. 473.

13 Para el Profesor Carrillo Salcedo, la dignidad intrínseca de la persona humana constituye, junto con la igualdad soberana de los Estados, un auténtico principio constitucional del orden internacional. En este sentido, véase Juan Antonio Carrillo Salcedo, "Permanencia y cambios en el Derecho internacional", Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Vol. III, 1999, p. 248.



En esta misma tesitura, y más allá de la formulación meramente abstracta del principio, el Secretario General manifiesta que la existencia misma del Estado de Derecho requiere la adopción de determinadas acciones y medidas destinadas a garantizar el respeto de algunos principios conexos a dicha institución, como son la rendición de cuentas, la equidad en la aplicación de la ley, la separación de poderes, la participación en la adopción de decisiones, la legalidad, la no arbitrariedad, la transparencia procesal y legal, entre otros¹⁴.

Ahora bien, es preciso destacar que, tal y como sucedía en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos, el Secretario General de las Naciones Unidas partió, al construir su definición, de una concepción interna del Estado de Derecho. Esta situación determina que, en realidad, al hablar de la promoción del Estado de Derecho en las sociedades post conflicto armado, estemos –de nuevo– ante un supuesto de internacionalización de un modelo interno en la práctica de la Organización¹⁵ y no ante un modelo internacional del Estado de Derecho propiamente dicho.

El elemento de internacionalización del Estado de Derecho no provendría de la adaptación de su contenido a la realidad social imperante en el ámbito internacional, sino, simplemente, de su promoción a nivel internacional desde el marco institucional de la Organización. En otras palabras, lo que se estaría promoviendo en el seno de las Naciones Unidas –tanto en el contexto de la protección internacional de los derechos como en el de la consolidación de la paz después de un conflicto armado– no sería un “Estado de Derecho internacional” sino, más bien, una versión interna de dicho principio a nivel internacional.

Desde nuestra apreciación, el mérito de esta definición fue el de haber constituido, y constituir actualmente, el único marco conceptual de referencia –expreso y concreto– del Estado de Derecho que se ha elaborado en la práctica internacional de la Organización de las Naciones Unidas.

Ahora bien, este proceso de internacionalización de un modelo interno en la práctica de la Organización se extendería, en paralelo¹⁶, hasta los albores mismos del nuevo milenio, cuando su estudio comenzaría a plantearse desde una perspectiva integradora y emancipadora para, posteriormente, enfocar su análisis desde un punto de vista eminentemente internacional, ubicándonos –como veremos a continuación– ante la postulación de un modelo internacional propiamente dicho –inspirado en el Estado de Derecho– dentro de la práctica de la Organización.

14 Vid. parágrafo 6 del informe del Secretario General de las Naciones Unidas titulado *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, de 3 de agosto de 2004. Doc. S/2004/616.

15 Para Stéphane BEAULAC, este proceso de internacionalización implica que, partiendo de una base dicotómica interno-internacional, las características de la institución interna sean proyectadas al ámbito internacional. En este sentido, véase Stéphane Beaulac, “An Inquiry into the International Rule of Law”, European University Institute Working Papers, n° 14, 2007, p. 8.

16 Es decir, por un lado, en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos y, por otro, en el de la consolidación de la paz en el seno de las sociedades post conflicto armado.



III.- Desarrollo: la postulación de un modelo internacional inspirado en el Estado de Derecho por parte de la Organización de las Naciones Unidas

La *Declaración del Milenio* –aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas durante su quincuagésimo quinto período de sesiones–¹⁷ supuso el punto de inflexión que marcó el cambio de perspectiva en el estudio del Estado de Derecho por parte de la Organización.

En dicha Declaración, el principio del Estado de Derecho iba a ser analizado desde una triple perspectiva: por un lado, se consideraba que la promoción del Estado de Derecho resultaba ser indispensable para la prevención de los conflictos y la consolidación de la paz y la seguridad internacionales¹⁸. Por otro, se afirmaba que el Estado de Derecho constituía una pieza fundamental en la lucha por garantizar tanto el desarrollo humano como la erradicación de la pobreza¹⁹. Por último, se determinaba que el Estado de Derecho era el garante más eficaz para el respeto de los derechos humanos, tanto civiles como políticos, económicos, sociales y culturales²⁰.

Al hilo de lo anterior, parecía haberse llegado a un punto en el que convergían los dos grandes apartados en los que, tradicionalmente, se había venido desarrollando el estudio del principio del Estado de Derecho dentro del sistema de las Naciones Unidas, esto es, el de la protección de los derechos humanos y el de la consolidación de la paz en las sociedades pos conflicto armado. Desde esta perspectiva integradora, el principio del Estado de Derecho venía a constituir la base del respeto universal de los derechos humanos, del mantenimiento y consolidación de la paz, del crecimiento económico, del desarrollo y de la erradicación de la pobreza.

Además, la *Declaración del Milenio* –a diferencia de aquellas otras resoluciones que habían sido adoptadas en el seno de la Asamblea General²¹–, subrayaba, por primera vez, la necesidad de promover el Estado de Derecho, tanto en los asuntos internos como, también, en los internacionales²².

En el plano internacional, la Asamblea General, de forma particular, ponía énfasis en la necesidad de velar porque los Estados miembros cumplieran las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en aquellos litigios en los que fueran partes. Además, apuntaba la necesidad

17 *Declaración del Milenio*, Documento A/RES/55/2, de 8 de septiembre de 2000.

18 En este sentido, véase el párrafo 9 de la *Declaración del Milenio*, documento A/RES/55/2, desde septiembre de 2000.

19 Sobre este particular, consúltense los párrafos 11 a 20 de la *Declaración del Milenio*, documento A/RES/55/2, de 8 de septiembre de 2000, en especial el párrafo 13.

20 Cfr. párrafos 24 y 25 del documento A/RES/55/2, de 8 de septiembre de 2000.

21 En especial, aquellas resoluciones que habían tenido por título Fortalecimiento del Estado de Derecho. En este sentido, véanse los documentos A/RES/48/132, de 20 de diciembre de 1993. A/RES/49/194, de 23 de diciembre de 1994. A/RES/50/179, de 22 de diciembre de 1995. A/RES/51/96, de 12 de diciembre de 1996. A/RES/52/125, de 12 de diciembre de 1997. A/RES/53/142, de 9 de diciembre de 1998.

22 En particular, véase el párrafo 9 del documento A/RES/55/2, de 8 de septiembre de 2000.



de fortalecer la cooperación entre las Naciones Unidas y las organizaciones internacionales regionales, según disponía el Capítulo VIII de la Carta de San Francisco. Asimismo, requería a los Estados miembros para que aplicaran los tratados internacionales relativos a cuestiones tales como el control de armamentos y el desarme, el Derecho internacional humanitario, el Derecho internacional de los derechos humanos, la lucha contra el terrorismo internacional, la lucha contra la delincuencia organizada, etc., e, incluso, pedía a los Estados que ratificaran el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²³.

Este nuevo enfoque, provocaría un cambio sustancial en el estudio del Estado de Derecho en la práctica de la Organización.

En esta línea evolutiva, a principios de 2005, el Secretario General de las Naciones Unidas presentó su informe *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*²⁴, y, a finales de ese mismo año, la Asamblea General aprobó el Documento Final de la Cumbre Mundial²⁵. En ambos documentos, el estudio del Estado de Derecho pasó a adquirir una connotación particular que lo emanciparía del marco de la protección de los derechos humanos y de la consolidación de la paz después de los conflictos. A partir de este momento, el principio del Estado de Derecho pasaría a ser analizado desde una perspectiva internacional independiente de la nacional.

Este cambio fundamental en el enfoque del estudio del Estado de Derecho fue bien acogido por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas que, en el último trimestre del año, presidió la *Cumbre Mundial 2005*, en la que los dirigentes mundiales se dieron cita para examinar los progresos alcanzados desde la proclamación de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas²⁶.

En dicha reunión, los representantes de los Estados miembros reconocieron que la promoción del Estado de Derecho, tanto en el ámbito interno como en el internacional, resultaba fundamental para fomentar el crecimiento económico, el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el hambre. Además, consideraron que la promoción del Estado de Derecho, la protección internacional de los derechos humanos, el fomento del desarrollo, así como la consolidación de la paz y la seguridad internacionales, constituían la base para la construcción de un mundo más pacífico, más próspero y más democrático²⁷.

23 Para consultar el texto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, véase el documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. Para un estudio detallado del mismo, vid., entre otros, Antonio Cassese et. al., *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

24 Documento A/59/2005, de 21 de marzo de 2005.

25 Documento A/RES/60/1, de 24 de octubre de 2005.

26 Documento A/RES/55/2, de 8 de septiembre de 2000.

27 En este sentido, véanse los párrafos 11 y 16 de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, documento A/RES/60/1, de 24 de octubre de 2005.



De este modo, ya diferencia de la práctica anterior de la Organización de las Naciones Unidas, la promoción del Estado de Derecho en el ámbito internacional comenzaba a permear aquellos otros grandes campos de actuación de la Organización²⁸. De hecho, la preocupación por promover el Estado de Derecho—tanto en el plano interno como en el internacional—impregnaba todo el *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*²⁹. En este sentido, el Estado de Derecho pasaba a ser considerado como un principio transversal al desarrollo, a la paz y la seguridad internacionales, a los derechos humanos y al fortalecimiento de la Organización³⁰. De igual forma, pasó a ser reivindicado como un objetivo en sí mismo, fundamental para asegurar la coexistencia pacífica y la cooperación entre los Estados.

Finalmente, como culminación de esta dinámica evolutiva, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió incluir el estudio específico del Estado de Derecho —tanto a nivel interno como internacional— dentro de su agenda de trabajo, asignando el tema a la Sexta Comisión³¹, que, durante su vigésima segunda sesión plenaria, elaboró un proyecto³² que, posteriormente, sirvió de base para adoptar la resolución titulada *El Estado de Derecho en los planos nacional e internacional*³³.

Con la adopción de esta resolución, la Asamblea General de las Naciones Unidas contempló, por vez primera, el estudio del principio del Estado de Derecho de forma autónoma e independiente y, lo más importante, estableció una distinción expresa entre la vertiente interna y la internacional de este principio.

En este sentido, podríamos decir que, con la aprobación de esta resolución, la Asamblea General estaba postulando un modelo esencialmente internacional del Estado de Derecho.

Ahora bien, será necesario determinar cuál fue el enfoque que la Asamblea General le dio a este principio en su vertiente internacional. De esta cuestión nos encargaremos a continuación.

28 En este sentido, cabe recordar que el estudio del principio del Estado de Derecho, hasta antes de la Declaración del Milenio, se había venido analizando únicamente en el marco de la protección internacional de los derechos humanos y de la consolidación de la paz en el seno de las sociedades que habían padecido un conflicto armado, pero no de manera autónoma.

29 Documento A/RES/60/1, de 24 de octubre de 2005.

30 En este sentido, véase el párrafo 16 de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, documento A/RES/60/1, de 24 de octubre de 2005.

31 Al respecto, véase el documento A/61/456, de 17 de noviembre de 2006.

32 Véase el documento A/C.6/61/L.18, de 15 de noviembre de 2006.

33 En este sentido, véase la Resolución 61/39 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Documento A/RES/61/39, de 4 de diciembre de 2006.



IV.- ¿Hacia un Estado de Derecho internacional?

Dentro de la Resolución 61/39, de 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas se abstuvo de proporcionar una definición puntual del Estado de Derecho –tanto en el plano interno como en el internacional–. Por este motivo, las referencias a dicho principio, sobre todo en ámbito internacional –en el que vamos a centrar nuestra atención–, se situaron en un plano muy general y abstracto³⁴.

Partiendo de esta base genérica, la Asamblea solicitaba al entonces Secretario General, Kofi Annan, que recabara la opinión de los Estados miembros en torno al principio del Estado de Derecho y que preparara una lista donde se incluyeran todas las actividades que se venían desarrollando dentro del sistema de las Naciones Unidas para promover el Estado de Derecho, tanto a nivel interno como internacional. En virtud de este requerimiento, el Secretario General presentaría los informes correspondientes³⁵.

Ahora bien, del informe relativo a la opinión de los Estados se desprendía que no existía –y sigue sin existir actualmente– consenso alguno en cuanto al alcance y contenido del principio del Estado de Derecho, sobre todo, en el ámbito internacional. En su lugar, era posible identificar toda una amplia gama de ideas en torno a su significado, alcance y contenido³⁶.

En el ámbito de las actividades desarrolladas dentro del sistema de las Naciones Unidas, el Secretario General reconocía que más de cuarenta órganos, entidades, oficinas, departamentos, fondos y programas venían organizando, dirigiendo y ejecutando acciones encaminadas a promover y consolidar el principio del Estado de Derecho³⁷.

A nivel internacional, la Asamblea General identificaba la promoción de este principio con una serie de acciones y medidas cuyo objetivo principal era el de fomentar un orden internacional basado en el Derecho³⁸, es decir, un orden internacional en el que el poder de los Estados estuviese sometido a la *preeminencia del Derecho o al imperio de la ley*.

34 En este sentido, por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas relacionaba el principio del Estado de Derecho en el ámbito internacional con la coexistencia pacífica entre los Estados, con el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, con el crecimiento económico, con la erradicación del hambre y la pobreza, así como con la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Al respecto, véase el preámbulo de la Resolución 61/39 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, documento A/RES/61/39, de 4 de diciembre de 2006.

35 Vid. los documentos A/62/121, de 11 de julio de 2007, A/62/261, de 15 de agosto de 2007 y A/62/121/Add.1, de 6 de septiembre del mismo año.

36 Cfr. Los documentos A/62/121, de 11 de julio de 2007, y A/62/121/Add.1, de 6 de septiembre de 2007.

37 Al respecto, véase el Informe relativo a la lista de actividades actuales de los diversos órganos, entidades, oficinas, departamentos, fondos y programas del sistema de las Naciones Unidas dedicadas a la promoción del Estado de Derecho. Documento A/62/261, de 15 de agosto de 2007.

38 En este sentido, véase el informe del Secretario General de las Naciones Unidas titulado El Estado de Derecho en los planos nacional e internacional. Documento A/63/64, de 12 de junio de 2008.



En esta tesitura, el principio del Estado de Derecho en el plano internacional perseguiría el mismo fin que a nivel interno pero, esta vez, aplicado en el campo de las relaciones internacionales.

Ahora bien, y partiendo del anterior supuesto, cabría preguntarse si sería posible hablar de un “Estado de Derecho internacional”.

Para algún sector de la doctrina, la utilización de esta expresión como manifestación de la sumisión del poder de los Estados al Derecho en el ámbito internacional genera, al menos, cierto escepticismo³⁹. No obstante, frente a dicha posición existen otros autores cuyas tesis defienden y justifican su aplicación⁴⁰.

Por nuestra parte, y al margen de este debate⁴¹, consideramos que, dadas las diferencias estructurales que existen entre el orden jurídico estatal interno y el internacional, resultaría, por lo menos, complicado construir una teoría en torno al “Estado de Derecho internacional” pues, como es sabido, tales diferencias determinarían, entre otras cosas, la ausencia de un poder ejecutivo, un legislativo y un judicial a nivel internacional y, por ende, la ausencia del principio de la división de poderes, la inexistencia de un orden constitucional –al menos como es conocido en el ámbito jurídico estatal interno y cuya existencia resulta indispensable a la luz de las construcciones teóricas del Estado de Derecho en el escenario interno–, la naturaleza eminentemente política de la solución de las controversias internacionales, la falta

39 Sirva como ejemplo de este sector de la doctrina, entre otros, Timothy Endicott, “The impossibility of the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.19,1999, pp.1-18. Thomas Frank, *Political Questions Judicial Answers: Does the Rule of Law apply to Foreign Affairs*, New Jersey, Princeton University Press, 1992. Andrei Marmor, “The Rule of Law and its limits”, *Law and Philosophy*, Vol.23, 2004, pp.1-43. Gordon Silverstein, “Globalization and the Rule of Law: a machine that run so fitself?”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.1,nº3,2003, pp.427-445. Jeremy Waldron, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, *Law and Philosophy*, Vol.21,nº2, 2002, pp.137-164. S.G Williams, “Indeterminacy and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, nº 3,2004, pp. 539-562.

40 Es posible identificar, dentro de la doctrina ius internacionalista reciente, un gran número de trabajos que analizan temas vinculados al Estado de Derecho desde una perspectiva eminentemente internacional. Los siguientes ejemplos representan sólo una pequeña muestra de aquellos trabajos que hacen referencia expresa al término *International Rule of Law* o Estado de Derecho internacional, al margen de que los que no lo citen textualmente analicen también dicha cuestión. En este sentido, véanse, entre otros, Stéphane Beaulac, “An Inquiry into the International Rule of Law”, *European University Institute Working Papers*, nº14,2007, pp.1-29. Gordon Christenson, “World Civil Society and the International Rule of Law”, *Human Rights Quarterly*, Vol.19, nº4, 1997, pp. 724-737. Robert E. Goodin, “Toward an international Rule of Law: distinguishing international Law-breakers from World-be Law-makers”, *The Journal of Ethics*, Vol.9, 2005, pp.225-246. Dennis Jacobs, “What is an International Rule of Law?”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol.30 ,nº1,2007, pp.3-6. Duan Jielong, “Statement on the Rule of Law at the National and International levels”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 6,nº1, 2007, pp.185-188. Hans Kochler, “The United Nations, the International Rule of Law and Terrorism”, *Fourteenth Centennial Lecture: Supreme Court of the Philippines & Philippine Judicial Academy, Department of Foreign Affairs, National Security Council, Foundation for Social Justice, National Defence College of the Philippines, Manila*, 2002. Ernst-Ulrich Petersmann, “How to Promote the International Rule of Law?: contributions by the World Trade Organization Appellate Review System”, *Journal of International Economic Law*, Vol.1, 1998, pp.25-48. Ruti Teitel, “The Alien tort and the Global Rule of Law”, *International Social Science Journal*, Vol.57, nº185, 2005, pp.551–560. Arthur Watts, “The International Rule of Law”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 36, 1993, pp.15-45.

41 Un estudio detallado sobre la cuestión sobre pasaría los límites materiales del presente trabajo. En todo caso, consúltese la bibliografía citada en las dos notas precedentes.



de jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia⁴² y la relación horizontal que se establece entre Estados soberanos en el seno de la sociedad internacional⁴³.

En todo caso, preferimos hablar de *la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley* para poner de manifiesto que, en el ámbito internacional, el poder de los Estados debe estar sometido al Derecho y que, al promoverse en el seno de las Naciones Unidas, se apuesta por un orden internacional basado en el Derecho, en el que todos los Estados, sin excepción, tienen que respetar, en sus relaciones mutuas, la legalidad internacional.

En definitiva, al promover un orden internacional basado en el Derecho, la Organización de las Naciones Unidas, más que promover un “Estado de Derecho internacional”, estaría promoviendo *la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley* que, en esencia, compartiría ciertos elementos estructurales con la institución jurídica del Estado de Derecho interno y perseguiría un mismo fin: la sumisión del poder de los Estados al Derecho, pero aplicando sus principios a la relación de los Estados entre si y de éstos con los demás sujetos del Derecho en el ámbito internacional. Desde esta perspectiva, proponemos utilizar *la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley* como alternativa a la expresión del “Estado de Derecho internacional”.

Aunque actualmente no existe un concepto generalmente aceptado de lo que deba o pueda entenderse por *preeminencia del Derecho o imperio de la ley* en el ámbito internacional, esta concepción, como antes vimos, gira en torno a la idea de la sumisión del poder de los Estados al Derecho, es decir, comparte la misma esencia que el principio del Estado de Derecho en el ámbito jurídico estatal interno.

Desde esta perspectiva, trataremos de identificar los elementos estructurales, es decir, el núcleo mínimo indispensable de la institución jurídica del Estado de Derecho –tal como ha sido definida en la práctica de la Organización– para, posteriormente, extrapolar, *mutatis mutandis*, dichos elementos al ámbito internacional y así subrayar la sumisión del poder de los Estados al Derecho, esencia de *la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley* en el plano internacional.

42 En este último elemento, es decir, en el de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, hace hincapié el profesor CANÇADO TRINDADE cuando habla de los requisitos indispensables para la existencia del Estado de Derecho en el plano internacional. Sobre el tema, véase Antonio Cancado Trindade, “International Law for Human kind: towards a new jus gentium. General Course on Public International Law” Recueil des Cours Académie de Droit International, 2005, Tomo317, pp.217 y ss.

43 Esta relación horizontal se ve reflejada, por ejemplo, en la Resolución 2625(XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970.



A la luz de la práctica internacional de la Organización, el Estado de Derecho:

«...se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos»⁴⁴.

De esta definición, podemos extraer los siguientes elementos estructurales:

- a) *la existencia de un ordenamiento jurídico al que todos los sujetos del Derecho, incluido el propio Estado y sus agentes, están sometidos;*
- b) *la igualdad de todos los sujetos del Derecho frente al cumplimiento de la ley;*
- c) *la aplicación independiente y efectiva de dicho ordenamiento jurídico y, por último,*
- d) *la compatibilidad de ese ordenamiento jurídico con las normas y principios relativos a la protección internacional de los derechos humanos.*

Ahora bien, para enunciar la sumisión del poder de los Estados al Derecho en el ámbito internacional será necesario adaptar tanto la denominación como el contenido de dichos elementos a la realidad jurídico-social imperante en el seno de la sociedad internacional.

Como producto de esta adaptación, los presupuestos básicos del Estado de Derecho interno extrapolados al ámbito internacional en el marco de *la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley* serán:

- a) *un orden internacional basado en el Derecho;*
- b) *la aplicación uniforme del Derecho internacional a todos los sujetos en un plano de igualdad;*
- c) *la prevención del ejercicio arbitrario del poder de los Estados;*
- d) *la aplicación independiente y efectiva de las normas jurídicas internacionales y, por último,*
- e) *la compatibilidad de las normas internacionales con el principio de la dignidad intrínseca del ser humano.*

44 Véase el parágrafo 6 del informe del Secretario General al Consejo de Seguridad denominado El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufre conflictos, documento S/2004/616, de 3 de agosto de 2004. Cabe destacar que esta es la única definición expresa y concreta del principio del Estado de Derecho que se ha elaborado en la práctica de la Organización.



A la luz de estos elementos, la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley en el ámbito internacional constituirá una moneda de dos caras, estando, de un lado, la sumisión del poder al Derecho en su aspecto formal –es decir, que el Derecho internacional sea creado conforme a los cauces nomogénéticos previstos en el propio ordenamiento internacional– y, del otro, la sumisión del poder de los Estados al Derecho en un sentido material, esto es, orientándose su contenido por una serie de principios de rango jerárquico superior, tradicionalmente considerados de naturaleza iusnaturalista o de fundamento positivista voluntarista que son aceptados por la comunidad internacional, en su conjunto, como parte estructural de la misma. En razón de esta vertiente sustancial, se podría determinar, por ejemplo, que alguna norma de Derecho internacional formalmente válida pueda no serlo en sentido material⁴⁵.

En definitiva, ante las dificultades propias de postular un “Estado de Derecho internacional”, *la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley* constituye una alternativa viable para manifestar que en el ámbito internacional el ejercicio del poder de los Estados debe estar sometido a un Derecho cuyas normas han de ser aplicadas a todos sus destinatarios por igual, previniendo el ejercicio arbitrario del poder. Además, sirve para recalcar la importancia que, en el ámbito de la justicia, poseen los tribunales internacionales, que están llamados a aplicar, de manera independiente y efectiva, unas normas jurídicas internacionales compatibles, por otra parte, con el principio de la dignidad intrínseca de todo ser humano.

Esta sería la esencia del principio de la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley en el ámbito internacional que regiría no sólo la relación entre los Estados y otros sujetos de Derecho, sino también la de éstos con el Derecho internacional.

45 Tal sería el caso, por ejemplo, de lo previsto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cuando prevé la nulidad de un tratado cuyo contenido sea contrario a una norma de ius cogens. Podría pensarse, por ejemplo, en un tratado que, tras haber sido firmado y ratificado por varios Estados, autorizara a los nacionales de los Estados Parte la comisión de crímenes contra el Derecho internacional, como el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad o el crimen de agresión, pretendiendo la impunidad de tales actos mediante la exclusión de esos nacionales de los tribunales que tuvieran jurisdicción sobre ellos para enjuiciarlos por la comisión de dicho crímenes, cuando, en reiteradas ocasiones, diversos tribunales internacionales han señalado el carácter imperativo de las obligaciones que prohíben la comisión de tales crímenes contra el Derecho internacional. Vid., a título de ejemplo, el párrafo 64 de la sentencia 14/2/2000, en el asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo contra Bélgica).



V.- Conclusiones

Al finalizar estas páginas podemos extraer, a modo de conclusión, las siguientes ideas:

La promoción y consolidación del Estado de Derecho, tal como reconociera el antiguo Secretario General de las Naciones Unidas Kofi ANNAN en su informe *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, ocupa –y ha ocupado siempre– un lugar central en el cometido de la Organización. De hecho, la promoción del Estado de Derecho –tanto en el plano interno como en el ámbito internacional– constituye, después del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el principal reto y desafío que afronta la Organización de las Naciones Unidas en el actual siglo XXI.

Dentro de la práctica internacional de la Organización, la promoción del Estado de Derecho ha experimentado una evolución que va de la internacionalización de un modelo interno de Estado de Derecho (primer supuesto) a la postulación de un modelo internacional inspirado en tal principio (segundo supuesto), es decir, en la idea subyacente de la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley en las relaciones internacionales.

En el primer supuesto, que hemos denominado internacionalización de un modelo interno, la Organización de las Naciones Unidas ha venido promoviendo, desde su estructura institucional, un modelo interno de Estado de Derecho a nivel internacional (particularmente en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos y la consolidación de la paz después de los conflictos armados). En el segundo supuesto, la Organización de las Naciones Unidas (sobre todo a partir de la *Declaración del Milenio*) ha trasladado al ámbito internacional determinados elementos estructurales del Estado de Derecho interno pero, esta vez, para ser aplicados directamente en el marco de las relaciones internacionales.

Con la aprobación de la Resolución 61/39 titulada *El Estado de Derecho en los planos nacional e internacional*, la Asamblea General de las Naciones Unidas contempló, por vez primera, el estudio del principio del Estado de Derecho de forma autónoma e independiente y, lo más importante, estableció una distinción expresa entre la vertiente interna y la internacional de este principio.

En el ámbito internacional, la Asamblea General identifica su promoción con una serie de acciones concretas cuyo objetivo principal es el de fomentar un orden internacional basado en el Derecho, es decir, un orden internacional en el que el poder de los Estados este sometido a la *preeminencia del Derecho o al imperio de la ley*.

Desde esta perspectiva, el principio del Estado de Derecho en el ámbito internacional perseguiría el mismo fin que a nivel interno pero, esta vez, aplicado en el campo de las relaciones internacionales.

Lo anterior nos llevaría a cuestionarnos si sería posible hablar de lo que, en la doctrina, se ha denominado “Estado de Derecho Internacional”.



Por nuestra parte, consideramos que –dada la configuración actual de la sociedad internacional y de su ordenamiento jurídico, esto es, el Derecho internacional contemporáneo– resultaría, por lo menos, complicado hablar de la existencia de un “Estado de Derecho internacional”. En todo caso, preferimos hablar de *la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley* para poner de manifiesto que, en el ámbito internacional, el poder de los Estados debe estar sometido al Derecho y que, al promoverse en el seno de las Naciones Unidas, se apuesta por un orden internacional basado en el Derecho, en el que *todos* los Estados, sin excepción, tienen que respetar, en sus relaciones mutuas, la legalidad internacional.



Bibliografía

- Beaulac, Stéphane, "An Inquiry into the International Rule of Law", European University Institute Working Papers, n° 14, 2007, pp. 1-29.
- CancadoTrindade, Antonio, "International Law for Humankind: towards a new jus gentium. General Course on Public International Law", Recueil des Cours Académie de Droit International, 2005, Tomo 317, pp. 217 y ss.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "Permanencia y cambios en el Derecho internacional", Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Vol. III, 1999, p. 248.
- Cassese, Antonio et. al., The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Christenson, Gordon, "World Civil Society and the International Rule of Law", Human Rights Quarterly, Vol. 19, n° 4, 1997, pp. 724-737.
- Cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales: fortalecimiento del Estado de Derecho. Documento A/49/512, de 14 de octubre de 1994.
- Declaración del Milenio, Documento A/RES/55/2, de 8 de septiembre de 2000.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Declaración y Programa de Acción de Viena, Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993.
- Documento A/62/121, de 11 de julio de 2007.
- Documento A/62/261, de 15 de agosto de 2007.
- Documento A/59/2005, de 21 de marzo de 2005.
- Documento A/61/456, de 17 de noviembre de 2006.
- Documento A/62/121/Add.1, de 6 de septiembre de 2007.
- Documento A/C.6/61/L.18, de 15 de noviembre de 2006.
- Documento A/RES/61/39, de 4 de diciembre de 2006.
- Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, Documento A/RES/60/1, de 24 de octubre de 2005.



El Estado de Derecho en los planos nacional e internacional. Documento A/63/64, de 12 de junio de 2008.

El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Documento S/2004/616, de 3 de agosto de 2004.

Endicott, Timothy, "The impossibility of the Rule of Law", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 19, 1999, pp. 1-18.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998.

Fortalecimiento del Estado de Derecho. Documento A/RES/48/132, de 20 de diciembre de 1993.

Fortalecimiento del Estado de Derecho. Documento A/RES/49/194, de 23 de diciembre de 1994.

Fortalecimiento del Estado de Derecho. Documento A/RES/50/179, de 22 de diciembre de 1995.

Fortalecimiento del Estado de Derecho. Documento A/RES/51/96, de 12 de diciembre de 1996.

Fortalecimiento del Estado de Derecho. Documento A/RES/52/125, de 12 de diciembre de 1997.

Fortalecimiento del Estado de Derecho. Documento A/RES/53/142, de 9 de diciembre de 1998.

Frank, Thomas, Political Questions Judicial Answers: Does the Rule of Law apply to Foreign Affairs, New Jersey, Princeton University Press, 1992.

Goodin, Robert E., "Toward an international Rule of Law: distinguishing international Law-breakers from World-be Law-makers", The Journal of Ethics, Vol. 9, 2005, pp. 225-246.

Informe relativo a la lista de actividades actuales de los diversos órganos, entidades, oficinas, departamentos, fondos y programas del sistema de las Naciones Unidas dedicadas a la promoción del Estado de Derecho. Documento A/62/261, de 15 de agosto de 2007.

Jacobs, Dennis, "What is an International Rule of Law?", Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 30, n° 1, 2007, pp. 3-6.



Jielong, Duan, “Statement on the Rule of Law at the National and International levels”, Chinese Journal of International Law, Vol. 6, n° 1, 2007, pp. 185-188.

Kochler, Hans, “The United Nations, the International Rule of Law and Terrorism”, Fourteenth Centennial Lecture: Supreme Court of the Philippines & Philippine Judicial Academy, Department of Foreign Affairs, National Security Council, Foundation for Social Justice, National Defence College of the Philippines, Manila, 2002.

Marmor, Andrei, “The Rule of Law and its limits”, Law and Philosophy, Vol. 23, 2004, pp. 1-43.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y sus respectivos Protocolos Adicionales.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y sus respectivos Protocolos Adicionales.

Petersmann, Ernst-Ulrich, “How to Promote the International Rule of Law?: contributions by the World Trade Organization Appellate Review System”, Journal of International Economic Law, Vol. 1, 1998, pp. 25-48.

Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970.

Resolución 9 (II) del 21 de mayo de 1946 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Resolución A/RES/60/251 de 3 de abril de 2006 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos número 1993/50, de 9 de marzo de 1993, titulada Fortalecimiento del Estado de Derecho.

Silverstein, Gordon, “Globalization and the Rule of Law: a machine that runs of itself?”, International Journal of Constitutional Law, Vol. 1, n° 3, 2003, pp. 427-445.

Stein, T., Estado de Derecho, Poder Público y Legitimación desde la perspectiva alemana, pp. 11 y ss (Institut de Ciencies Politiques i Socials, Working Papers N° 88, 1994)

Summers, Robert S., “A Formal Theory of the Rule of Law”, Ratio Juris, Vol. 6, n° 2, 1993, pp. 127-142 y Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, Public Law, 1997, p. 473.

Teitel, Ruti, “The Alien tort and the Global Rule of Law”, International Social Science Journal, Vol. 57, n° 185, 2005, pp. 551-560.



Waldron, Jeremy, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, *Law and Philosophy*, Vol. 21, n° 2, 2002, pp. 137-164.

Watts, Arthur, “The International Rule of Law”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 36, 1993, pp. 15-45.

Williams, S.G, “Indeterminacy and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, n° 3, 2004, pp. 539-562.



EL DERECHO AL VETO EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS BAJO UNA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA.

✉ Por: Alejandro Botero Uribe¹ y Mariana Góez Mondragón²

Resumen:

El derecho al veto en el marco de las Naciones Unidas ha sido una figura ampliamente discutida debido a que no pareciera, a simple vista, una figura justa con respecto a los países que no gozan de este derecho. Sin embargo, dicha figura ha mostrado ser efectiva desde su creación y la justificación de su existencia parece ser un fuerte argumento que se levanta ante las críticas que ha recibido. El presente texto pretende mostrar varios conceptos de democracia que permitirán, desde diferentes perspectivas, analizar detalladamente dicha figura de derecho al veto.

Palabras clave:

Derecho al veto, Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, democracia.

Abstract:

The veto right at the United Nations is a widely discussed figure as this right does not seem a fair figure regarding the unentitled countries. However, its proven effectiveness since its creation arises as a strong argument and justification upon all those opposing to it. This paper pretends to show some concepts of democracy that will allow analyzing the veto right from different perspectives in order to build a clearer idea around this concept.

Key Words:

Veto right, United Nations, Security Council, democracy

1 Estudiante de Derecho tercer semestre, Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Email: aboter19@eafit.edu.co

2 Estudiante de Derecho tercer semestre, Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Email: mgoezmo@eafit.edu.co



Introducción

El derecho al veto en las Naciones Unidas ha sido una figura ampliamente discutida en el ámbito internacional, esto debido a que no pareciera, a simple vista, una figura justa con respecto a los países que no gozan de este derecho, sin embargo, la figura ha mostrado ser efectiva desde su creación y la justificación de su existencia pareciera ser un fuerte argumento contra las críticas que ha recibido, el presente texto pretende mostrar varios conceptos de democracia que permitirán ver la figura desde diferentes perspectivas para así tener un panorama mas claro con respecto a la misma, para esto, se procederá, en primer lugar, a definir el término de democracia y hacer ciertas aclaraciones en cuanto a la utilización de este término en el ámbito internacional, en segundo lugar, se procederá, hacer un breve panorama de La Organización de las Naciones Unidas y sus órganos principales para concluir con la introducción del concepto de democracia en el Consejo de Seguridad y su aplicación con respecto al derecho al veto.

El Concepto De Democracia

Para hablar sobre democracia en el Consejo de Seguridad de Las Naciones Unidas es necesario hacer ciertas aclaraciones sobre éste concepto ya que presenta diversos sentidos y problemáticas. En primer lugar, la democracia en el ámbito internacional puede ser vista desde dos perspectivas; una que obedece a la pretensión de instalar un nuevo orden mundial donde todos los habitantes del mundo tengan en sus manos el poder que le confiere la democracia, y otra perspectiva que se refiere a la inclusión de los procesos democráticos dentro de la estructura de las organizaciones internacionales y sus procesos deliberativos³. En segundo lugar, el término democracia se ha utilizado a nivel histórico para el aspecto interno-Estatal, es decir, el derecho interno, por este motivo un concepto de democracia no puede ser usado en un sentido estricto debido a las diferencias entre el derecho interno y el derecho internacional, y la manera como estos repercuten en sus respectivos ámbitos⁴, esto se evidencia en los distintos sentidos, unos amplios y otros estrictos, que a lo largo de la historia le han dado diversos filósofos y juristas al concepto de democracia⁵. Si bien se ha mencionado que el concepto de democracia en un sentido estricto no puede ser usado

3 Elena García Guitián, "Sobre la Democracia en el Ámbito Internacional", s. e, Universidad Autónoma de Madrid, s. f, pp. 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93 y 94.

4 El Derecho Internacional y El Interno tienen diversas diferencias, entre ellas se encuentran la horizontalidad jerárquica de las regulaciones y los órganos en el caso del Derecho internacional, y los sujetos que hacen parte de cada sistema y su protagonismo e influencia dentro de él.

5 Norberto Bobbio, "Democracia y dictadura", Sitio web Robertexto, [En línea], s.f, disponible en: http://www.robertexto.com/archivo3/democr_dictadura.htm, consulta: 9 de febrero de 2012. Como se puede ver claramente en el texto de Bobbio el concepto de democracia ha presentado diversas tipologías a lo largo de la historia, algunas que se pueden adaptar al sistema internacional pues no restringen el sentido de este concepto al ámbito interno, tales como las presentadas por Platón y Aristóteles para quienes la democracia "es el gobierno de la multitud" o "de los mas" respectivamente.



para el ámbito internacional, en un sentido amplio puede ser fácilmente acoplado de manera satisfactoria como se puede ver en el párrafo anterior, de esta forma, los sentidos de democracia utilizados en la presente reseña y su aplicación en el ámbito internacional serán una especie de analogía de lo que a continuación se dará a entender por democracia.

Para el interés de este escrito se tomarán en cuenta tres posturas de democracia, una de carácter formalista o instrumental, otra sistémica y, por último, una sociológica. Adoptando una postura formalista o instrumental, la democracia se reduce a sus aspectos jurídicos y formales, más específicamente a los mecanismos de elección y al pluralismo jurídico. En segundo lugar, al adoptar una postura sistémica no solo se miran los aspectos formales sino su concretización en el ámbito empírico, de esta forma se presta gran atención a la formación consensual de las normas⁶, a la concretización de los derechos ciudadanos⁷ y a la relación de los sujetos con las instituciones del Estado al hacer uso de la democracia⁸. En tercer lugar, vista desde el derecho internacional bajo los derechos humanos, una postura sociológica indica que la democracia y la sociedad deben ser vistas como un conjunto de tres elementos esenciales; el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto⁹.

Al hablar de pluralismo se hace referencia a la inclusión de las diferentes tendencias y corrientes que residen en la sociedad. La tolerancia es definida como la permisión de que cada sujeto tenga un estilo de vida autónomo conforme a sus principios, y por último, el espíritu abierto que hace referencia a la aceptación de estas tendencias, corrientes y estilos de vida consagrados en el pluralismo y la tolerancia¹⁰.

Los Mecanismos De Participación De Las Naciones Unidas

Para hablar de participación en las Naciones Unidas es necesario aclarar que esta organización internacional tiene diversos órganos y que en cada uno de ellos los mecanismos de participación son diferentes o presentan exigencias distintas, de esta forma, en la Asamblea General únicamente tienen poder deliberativo 5 representantes de cada Estado miembro¹¹, cada representante tiene derecho a un voto y las decisiones serán tomadas en cuenta por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes, o por una mayoría simple según el asunto sobre el que recaiga la decisión¹².

6 Francisco R. Barbosa Delgado, "La democracia: un concepto base dentro de los sistemas de protección de los derechos humanos", Revista Derecho del Estado, (núm. 27, Julio 1 de 2011), p. 179, [En línea], disponible en: <http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/derest/article/view/3017/2661>, consulta: 22 de marzo de 2012 .

7 Ibid.

8 Ibid.

9 Ibid.,

p. 180

10 Ibid.

11 Carta de las Naciones Unidas, artículo 9, numeral 2, 1945.

12 Carta de las Naciones Unidas, artículo 18, 1945.



En el Consejo Económico y Social (ECOSOC), la representación es de carácter regional, en este sentido, los países miembro son elegidos por la Asamblea General para un periodo de 3 años¹³, cada miembro tiene derecho a un voto y las decisiones serán tomadas en cuenta por mayoría simple¹⁴. En el Consejo de Administración Fiduciaria la representación se da (si bien en sentido formal, porque este órgano se encuentra suspendido en la actualidad) de tres maneras, en primer lugar, se encuentran aquellos países que administren territorios fideicometidos, en segundo lugar, China, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Rusia y, por ultimo, se encuentran los miembros que sean necesarios para el fin de este órgano, elegidos por la Asamblea General para un periodo de tres años. Todos estos miembros deberán ser representados por una persona designada por el país parte¹⁵, cada miembro tendrá un voto y las decisiones serán tomadas en cuenta por mayoría simple¹⁶.

En cuarto lugar, se encuentra la Corte Internacional de Justicia, los criterios para ser elegido en este órgano son mas de carácter meritario que nacional, de esta forma los bloques regionales determinados en la carta proponen candidatos¹⁷, en este órgano el carácter deliberativo pierde su sentido y su función se rige a opiniones consultivas y solución de conflictos por el medio contencioso. En quinto lugar, se encuentra la Secretaria General, organismo encargado de la ejecución de las resolución de los demás órganos de las Naciones Unidas, su función es meramente administrativa y, por tanto, al igual que la Corte Internacional de Justicia, no es de interés de este escrito centrarse en estos órganos.

En último lugar, se encuentra el Consejo de Seguridad, este órgano tiene cinco miembros permanentes y diez miembros elegidos por la Asamblea General basándose en un criterio regional¹⁸, cada miembro tiene derecho a un voto y cualquiera de los cinco miembros permanentes tienen derecho a vetar cualquier decisión¹⁹. El interés de este escrito, como se evidencia en el titulo, es en este órgano y la democracia en medio de sus procesos deliberativos, especialmente el derecho al veto que tienen los cinco miembros permanentes.

Los Cinco Miembros Permanentes Del Consejo De Seguridad, El Derecho Al Veto Y Sus Implicaciones En Una Perspectiva Democrática

Al hablar de democracia al interior del Consejo de Seguridad, ésta adquiere un doble sentido. En un primer sentido, la democracia puede ser vista como el medio por el cual son elegidos los miembros de este órgano y en segundo lugar, la manera como estos miembros deliberan

13 Carta de las Naciones Unidas, artículo 61, numeral 1, 1945.

14 Carta de las Naciones Unidas, artículo 67, 1945.

15 Carta de las Naciones Unidas, artículo 86, 1945.

16 Carta de las Naciones Unidas, artículo 89, 1945.

17 Artículo 9 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 9, 1945.

18 Carta de las Naciones Unidas, artículo 23, 1945.

19 Carta de las Naciones Unidas, artículo 27, 1945.



para expedir una resolución. Esto se encuentra enmarcado en la segunda perspectiva mencionada en el primer párrafo donde la democracia en el ámbito internacional podía ser vista desde dos perspectivas; una que obedece a la pretensión de instalar un nuevo orden mundial donde todos los habitantes del mundo tengan en sus manos el poder que le confiere la democracia, y otra perspectiva que se refiere a la inclusión de los procesos democráticos dentro de la estructura de las organizaciones internacionales y sus procesos deliberativos. La primera perspectiva no es de interés en este texto pues se refiere a una comunidad diferente a la Organización de Las Naciones Unidas, por tal motivo, se hará énfasis en la segunda perspectiva.

Al tomar los procesos deliberativos al interior de las organizaciones internacionales, especialmente en las Naciones Unidas, como se dijo anteriormente, existen dos perspectivas, en primer lugar, la democracia puede ser vista como el medio por el cual son elegidos los miembros de este órgano y en segundo lugar, la manera como estos miembros deliberan para expedir una resolución.

Para examinar las dinámicas del poder al interior del Consejo de Seguridad, se hará gran énfasis en las posturas sistémicas y sociológicas de democracia sin descartar la de carácter formalista o instrumental, pues es necesaria al momento de hablar sobre el tema.

De esta forma y basándose en una postura sistémica y en las dos perspectivas mencionadas en el párrafo anterior, al mirar la forma como son elegidos los miembros del Consejo de Seguridad, la presencia permanente de China, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Rusia (los miembros permanentes), sus procesos deliberativos y de toma de decisiones, y teniendo en cuenta, además, que el único aspecto que se puede rescatar a cabalidad en el sistema internacional de una postura sistémica es la formación consensual de las normas. Se puede ver que el desequilibrio que someramente se percibe no es tan evidente al pasar de la postura formalista a la sistémica, pues, mirando el ejercicio de la democracia al interior del Consejo de Seguridad y asumiendo una perspectiva histórica, se puede rescatar el interés de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad en mantener la paz y en no abusar de su derecho al veto²⁰, si bien esta perspectiva general muestra un panorama alentador, adentrándose un poco en la postura formalista, el derecho al veto puede llegar a ser un factor obstaculizante para el mantenimiento de la paz mundial pues puede llegar a reducir a una nada todo el proceso deliberativo sobre asuntos que impliquen directamente a los cinco miembros permanentes.

Asumiendo una postura sociológica de democracia, se puede ver que el derecho al veto al interior del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas cumple a cabalidad con estos presupuestos (pluralismo, tolerancia y espíritu abierto); esto teniendo en cuenta la elección de los miembros del órgano y sus procesos deliberativos. En este sentido, existe pluralismo al interior del Consejo de Seguridad pues al haber representación de carácter geográfico en

20 Esto se evidencia en las pocas veces, a lo largo de los 66 años que llevan las Naciones Unidas, que ha sido utilizado el derecho al veto por parte de estos países.



este órgano, necesariamente los procesos deliberativos van a obedecer a tendencias e intereses diferentes dependiendo de las necesidades de cada región, por otro lado, al hablar de tolerancia, el tema puede adquirir un tinte más polémico pues debido al interés del Consejo de Seguridad y en general de las Naciones Unidas de mantener la paz mundial y resolver conflictos, la intervención a nivel estatal se torna necesaria para lograr con este cometido, sin embargo, esto puede ser visto como una excepción a la regla pues la tolerancia puede tener como límite la violación de derechos humanos. Por último, el espíritu abierto adquiere un doble sentido, pues al decir que el pluralismo es aplicado al interior del consejo de seguridad, pero que la tolerancia tiene un carácter discutible se dificulta una caracterización de este elemento. En cuanto al derecho al veto, puede evidenciarse que los países que gozan de este derecho provienen de diversas regiones del mundo lo que también garantiza cierta inclusión de pluralidad al momento de oponer su interés.

Es importante resaltar que tanto en un ámbito interno como externo, más necesario que unos procesos claros de toma de decisiones plurales, se encuentra la visión interna de tales procesos pues constituye un factor determinante para la decisión en sí, de igual forma más importante que la existencia, o no, del derecho al veto al interior del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es la forma como las dinámicas de poder a nivel estatal (exista veto o no exista) influyen en la toma de decisiones de cada país miembro pues esta dinámica, en diversas ocasiones, es la que termina favoreciendo intereses diferentes al mantenimiento de la paz, razón de ser del Consejo de Seguridad.



Conclusiones

- Adoptando una postura sistémica de democracia en los procesos deliberativos dentro del Consejo de Seguridad desde una perspectiva histórica, se puede resaltar que el ejercicio de ésta ha sido funcional desde que el Consejo de Seguridad existe.
- Al asumir una postura sociológica de democracia en los procesos deliberativos dentro del Consejo de Seguridad, se logra evidenciar que éste cumple con los presupuestos de pluralismo, tolerancia y espíritu abierto que tal postura implica.
- Se resalta la necesidad de observar las dinámicas dentro de los procesos deliberativos democráticos (postura sistémica de democracia) antes de su estructura (postura formalista de democracia), pues esta primera termina siendo, en términos prácticos, más importante para darle el carácter democrático, o no, a una organización.



Bibliografía

Barbosa Delgado, Francisco R., “La democracia: un concepto base dentro de los sistemas de protección de los derechos humanos”, *Revista Derecho del Estado*, s. l, núm. 27, Julio 1 de 2011, p. 179, [En línea], disponible en: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/view/3017/2661>.

Bobbio, Norberto, “Democracia y dictadura”, *Sitio web Robertexto*, [En línea], s.f, disponible en: http://www.robertexto.com/archivo3/democr_dictadura.htm.

Carta de las Naciones Unidas, 1945.

García Gutián, Elena, “Sobre la Democracia en el Ámbito Internacional”, s. e, Universidad Autónoma de Madrid, s. f. <http://www.un.org/es/>.

Tamayo Franco, Rafael Eduardo, materia Derecho Internacional, primer semestre año 2012.



LA RETIRADA DE VENEZUELA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y SU EVENTUAL ADHESIÓN AL MERCOSUR, ¿EN UN “LIMBO INTEGRACIONISTA”?

✉ Por: María Ángela Sasaki Otani¹

Resumen:

El 22 de abril de 2006, la República Bolivariana de Venezuela denunció el “Acuerdo de Integración Subregional Andino”, dando lugar a su retirada de la Comunidad Andina (CAN), a razón de los eventuales perjuicios que le causarían los Tratados de Libre Comercio (TLC) firmados por Colombia y Perú con Estados Unidos de América. A los dos meses de la retirada de Venezuela de la CAN, dicho país solicitó ser parte del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), por lo que se suscribió un Protocolo de Adhesión. No obstante, este instrumento de adhesión aún no ha entrado en vigor, determinando ello que su vinculación legal al bloque continúe siendo en calidad de “Estado Asociado”. En este contexto, se analizarán las implicaciones en derecho de dicho estatus jurídico, teniendo en cuenta además que Venezuela ha impulsado, paralelamente, la creación de la Alternativa Bolivariana para Nuestra América (ALBA).

1 Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtuvo la beca “Kofi-Annan” por la Sociedad Ernst Reuter Gesellschaft en Berlín, Alemania, otorgada en la Facultad de Derecho de la Freie Universität, en 2004. Realizó estudios de posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina, y en la Universidad de la Comunidad Andina, “Simón Bolívar”, Ecuador, obteniendo el Diploma Superior en “Integración Regional” y la Maestría (LLM.) en “Derecho Internacional Económico”. Asimismo, en julio de 2010 ha sido becaria del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Alemania. Es Doctoranda en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, dirigido por el Prof. Remiro Brotóns, en Madrid, España. Desde el año 2008 hasta la actualidad, se desempeña en Quito, Ecuador, como Funcionaria Internacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), como Abogada del Magistrado por la República del Perú, Dr. Ricardo Vigil Toledo. Las opiniones vertidas en el presente ensayo no involucran el criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).



Palabras Claves:

Integración regional, Comunidad Andina (CAN), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), República Bolivariana de Venezuela.

Abstract:

On April 22, 2006, the Bolivarian Republic of Venezuela made the denunciation of the “Acuerdo de Integración Subregional Andino”, withdrawing itself from the Andean Community of National (CAN), given as reasons the possible damages of the Free Trade Agreements in negotiation between Colombia and Perú with the United States of America. Two months later, the same country manifested its interest to be a party in the South’s Common Market (MERCOSUR), signing a protocol of accession. Nevertheless, the accession is not yet into force and the legal link of the country and the block is of “Associated State”. In this context, It will be analyzed the legal implications of the said legal status, keeping in mind the parallel impulse Venezuela has given to the Bolivarian Alternative for Our America (ALBA)

Key words:

Regional integration, Andean Community (CAN), South’s Common Market (MERCOSUR), Union of South American Nations (UNASUR), Bolivarian Republic of Venezuela.

I. Antecedentes

El 26 de mayo de 1969, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú firmaron el Acuerdo de Cartagena, poniendo en marcha el proceso de integración andino conocido, en ese entonces, como Pacto Andino o Grupo Andino, a fin de establecer una unión aduanera a largo plazo. El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al Acuerdo. Sin embargo, tres años después, el 30 de octubre de 1976, Chile se retiró de él en virtud de la Decisión N° 24 sobre el Tratamiento al Capital Extranjero, de naturaleza proteccionista, bajo la dictadura de Pinochet, lo que significó la primera crisis de la CAN. En 1997, con la entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo, el denominado Grupo Andino cambió su denominación por el de “Comunidad Andina” (CAN).

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por el conjunto de normas jurídicas comunitarias provenientes de la voluntad de los países miembros, contenidas, en los tratados constitutivos: Acuerdo de Cartagena, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia



de la Comunidad Andina y Tratado Constitutivo del Parlamento Andino con sus respectivos protocolos modificatorios; y, en normas derivadas generadas por los órganos comunitarios: Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General y, los Convenios de Complementación Industrial que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andino, que gozan de los principios de efecto directo, aplicación inmediata y primacía del Derecho comunitario.

La finalidad de la CAN, además de facilitar el desarrollo de los Estados miembros a través de la cooperación económica y social, es procurar la integración de los mismos, teniendo presente que la cooperación es más propia entre países u organismos internacionales entre los que no se hace cesión alguna de competencias soberanas, mientras que la *comunidad* genera una organización supranacional, en donde aparece nítidamente una nueva entidad con personalidad jurídica propia y con los órganos que ejercen la soberanía compartida en virtud de las competencias que le han sido transferidas.

En los procesos de integración regional, el Estado no entrega ni cede su soberanía, que la detenta en forma permanente, sino que delega determinadas facultades y competencias limitadas en temas puntuales (*ratione materiae*); y, porque la soberanía no se entrega es que el Estado puede, en cualquier instancia, haciendo uso justamente de su poder soberano, denunciar el tratado y revocar el poder decisorio delegado para los asuntos que el tratado refiera, siendo ello jurídicamente válido.

En este punto, resulta interesante resaltar lo que señalara en su momento la Corte Constitucional de Alemania sobre la Unión Europea: “si algún Estado parte quisiera retirarse de la Comunidad, puede hacerlo a pesar de que el Tratado no lo contemple, en virtud de que los países son soberanos”². Posteriormente, la posibilidad de retirada de la Unión Europea se reguló expresamente en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE): “Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión”, exigiéndose para ello: 1) notificar al Consejo Europeo, y 2) negociar un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión.

La exigencia de negociar un acuerdo que establecerá la forma de su retirada de la Unión Europea implica que la retirada no sea automática, tal como sucede en la CAN. En efecto, los Tratados de la Unión Europea dejarán de aplicarse al Estado *recién desde la fecha de entrada en vigor del “acuerdo de retirada”*; o, en su defecto, a los dos años de la notificación, salvo que el Consejo Europeo decida por unanimidad prorrogar dicho plazo. Esta forma de retirada no automática de la Unión Europea guarda un mayor sentido y es mucho más ordenada que en la CAN, como veremos más adelante.

2 Jorge R.J. Mariño Fages, *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999, p. 73.



Por otro lado, otra diferencia entre la Comunidad Andina y la Unión Europea radica en que en el TUE sí se regula el eventual “regreso” de dicho Estado a la Unión: “Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49”³.

II. La retirada de Venezuela de la CAN⁴

El presidente Hugo Chávez aprovechó una reunión con sus colegas de Bolivia, Paraguay y Uruguay, celebrada el 19 de abril de 2006, para anunciar su salida de la CAN, a razón de los eventuales perjuicios que le causarían los Tratados de Libre Comercio (TLC) firmados por Colombia y Perú con Estados Unidos de América. La denuncia formal del “Acuerdo de Integración Subregional Andino” fue realizada por Venezuela mediante comunicación de 22 de abril de 2006 que, entre lo principal señalaba lo siguiente: “Las recientes negociaciones y firma de los Tratados de Libre Comercio por parte de Colombia y Perú con los Estados Unidos de Norte América, han conformado un nuevo cuerpo legal que pretende asimilar la normativa de los TLC a la Comunidad Andina, cambiando de facto su naturaleza y principios originales”.

A su juicio, “los TLC privilegian los intereses particulares sobre los intereses de los pueblos, impulsan una injusta distribución de la riqueza y frenan el desarrollo integral del pueblo, provocando la progresiva desaparición de sectores productivos nacionales y la consecuente pérdida de soberanía económica (...) toda vez que éstos implican el establecimiento de principios y normativas similares a los propuestos en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)”⁵.

Sobre este punto, quisiera señalar que el debilitamiento de la CAN no se dio a razón de que Colombia y Perú firmaran el TLC con Estados Unidos de América, sino que fue gestándose desde el momento en que la misma CAN -a través de todos sus países miembros- autorizó a Colombia y a Venezuela formar parte del G3 mediante la Decisión 322 del año 1992. Posteriormente, en el 2004, a través de la Decisión 5987 se facultó a los países miembros

3 Ricardo Alonso García, Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 169.

4 En lugar del término “salida”, hemos elegido hablar de la “retirada” de Venezuela de la CAN. En palabras de Remiro Brotons “La denuncia es el acto por el que una parte manifiesta su voluntad de dar por terminado un tratado en sus relaciones con las demás partes. Se le llama retirada cuando afecta al tratado constitutivo de una organización internacional”. Antonio Remiro Brotons, Derecho Internacional Público, II. Derecho de los Tratados, Madrid, Editorial Tecnos, 1987, p. 466.

5 The Inter-American Development Bank, Página web de The Inter-American Development Bank, [en línea], disponible en: <http://www.iadb.org/intal/Carтамensual/Cartas/HTMLPrintArticulo.aspx?id=2e424fd3-30ec-46e9-8c92fccc18b3e128>, consulta:15 de mayo de 2012.

6 Decisión 322: Relaciones comerciales con es de ALADI, Centroamérica y el Caribe (25 de agosto de 1992).

“(…) Artículo 3.- De no ser posible, por cualquier motivo, negociar comunitariamente, los países miembros podrán adelantar negociaciones bilaterales con los otros países de la región, en las cuales participe uno o más países del Grupo Andino. (...)”.

7 Decisión 598: Relaciones comerciales con terceros países (11 de julio de 2004).

“(…) Artículo 2.- De no ser posible, por cualquier motivo, negociar comunitariamente, los países miembros podrán adelantar negociaciones bilaterales con terceros países. (...) Artículo 6.- Las negociaciones comerciales autorizadas mediante la presente Decisión podrán tener como propósito el establecimiento de áreas de libre comercio, y podrán referirse a temas distintos a la liberalización del comercio de mercancías. (...)”.



a negociar acuerdos comerciales con terceros países. Por lo tanto, si bien Venezuela criticó la firma del TLC por parte de Colombia y Perú, ambos países sólo hicieron lo que les estaba facultado mediante la Decisión 598, por lo que si Venezuela estaba en contra de los TLC's pues no debió haber firmado, en primer lugar, las Decisiones 322 y 598.

Sobre la posibilidad de denuncia, el artículo 135 del Acuerdo de Integración Subregional Andino dispone lo siguiente:

“El país miembro que desee denunciar este Acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia. El plazo indicado en el párrafo anterior podrá ser disminuido en casos debidamente fundados, por decisión de la Comisión y a petición del país miembro interesado. En relación con los programas de integración Industrial se aplicará lo dispuesto en el literal i) del Artículo 62”.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)⁸, mediante auto de 27 de junio de 2006, dentro de la Acción de Incumplimiento incoada en contra de Venezuela (Proceso 145-AI-2005) señaló lo siguiente:

“Desde el momento de la presentación de la denuncia, a la República Bolivariana de Venezuela, con relación a las obligaciones y derechos, le es aplicable el principio de res Inter alios acta, con la sola excepción de aquellas previsiones que se refieren al Programa de Liberación (...). Que conforme a lo anterior, es evidente que, igualmente, desde el momento de la denuncia del Tratado cesa la condición de país justiciable por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que de conformidad con la normativa que regula la actividad de este Órgano, éste no tiene competencia para resolver conflictos que se susciten entre los países miembros y un tercero, (...). Que en el caso bajo estudio, si bien la República Bolivariana de Venezuela ostentaba la condición de país miembro de la Comunidad Andina al momento de iniciarse la Acción de Incumplimiento, desde el 22 de abril del año en curso ya no tiene dicha calidad y, en consecuencia, no estaría obligado al acatamiento de las sentencias del Tribunal (Artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal)”.

8 Este órgano supranacional cuenta con competencia territorial en los cuatro países miembros para conocer las siguientes controversias: La acción de nulidad, la acción de incumplimiento, la interpretación prejudicial, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la acción laboral. Hasta el año 2010, el Tribunal ha conocido de 1813 interpretaciones prejudiciales solicitadas por los jueces nacionales, 116 acciones de incumplimiento en contra de los países miembros, 50 acciones de nulidad, 09 procesos laborales y 06 recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios, ubicándose como la tercera corte internacional más activa del mundo luego de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Página web del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, [en línea], disponible en: http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=80, consulta: 16 de mayo de 2012.



A partir de la denuncia del Acuerdo Subregional Andino, ya no le alcanza a Venezuela la aplicación de los efectos de la sentencia dictada por el Tribunal, ya que no habría mecanismo alguno para imponer el acatamiento del fallo judicial. La forma en la que se logra la coacción para el cumplimiento de la sentencia dictada en un proceso de incumplimiento, es justamente mediante un “procedimiento sumario por desacato a las sentencias”⁹, de donde se deduce que el destinatario de la sentencia debe ser un país miembro, por lo que no cabría contra un país que simplemente, ante la Comunidad Andina, se convirtió en un tercero.

Si bien la denuncia del Acuerdo de Cartagena se produjo cuando la acción ya había sido incoada, la falta de competencia que por efecto de la misma ha sobrevenido al Tribunal, lo obliga a inhibirse de seguir conociendo de la acción. En consecuencia, dentro del Proceso 145-AI-2005, el TJCA decidió inhibirse de seguir conociendo la Acción de Incumplimiento en contra de la República Bolivariana de Venezuela, disponiéndose así el archivo del proceso.

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico andino existe una cláusula expresa y previa que regula la posibilidad de denunciar de forma automática el tratado, afectando esta cláusula la vigencia y no la validez original del tratado¹⁰. En palabras de Remiro Brotons, “Sólo un tratado válidamente concluido tiene la posibilidad de ceder en su vigor; de secarse como fuente de derechos y obligaciones para las partes o, en el marco de un tratado multilateral, de alguna(s) de ellas; de, en una palabra terminar”¹¹.

Así, en el Derecho Internacional, la terminación o la suspensión de un tratado puede darse por acuerdo de las partes (arts. 54, 57 y 59.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), o al margen de éste, mediante la alegación de alguna de las causas que el Derecho Internacional general reconoce (causas extrínsecas) (arts. 60, 62 y 64); o, incluso, sin ellas (denuncia y suspensión no motivadas) (art. 56)¹².

La denuncia de Venezuela se dio de conformidad con las disposiciones del tratado (arts. 54 a) y 57 a) de la Convención de Viena), como una facultad ejercitable discrecionalmente, siendo que fue intención de las partes admitir previamente la posibilidad automática de denuncia (cláusula previsor), con la única y solitaria condición del deber de comunicarlo a la Comisión de la CAN.

9 El procedimiento sumario por desacato a las sentencias en Acción de Incumplimiento se encuentra regulado en el Estatuto del Tribunal en los artículos 112 a 120.

10 En la doctrina se acepta la posibilidad de denunciar un tratado, mas no una norma consuetudinaria (CIL). Ver: Lea Brilmayer & Isasias Yemane Tesfalidet, *Treaty Denunciation and “Withdrawal” from Customary International Law: An Erroneous Analogy with Dangerous Consequences*, 120 Yale L.J. Online 217 (2011), <http://yalelawjournal.org/2011/1/5/brilmayer-tesfalidet.html>.

11 Antonio Remiro Brotons, *Derecho Internacional Público, II. Derecho de los Tratados*, Madrid, Editorial Tecnos, 1987, p. 465.

12 Antonio Remiro Brotons, *Manual de Derecho Internacional Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 321.



La norma que permite la denuncia del tratado regula que “cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia”.

Ello denota claramente una denuncia podemos decir “parcial”, en el sentido que toma en cuenta un aspecto material -Programa de Liberación- y un aspecto temporal -5 años-. Se dispuso un plazo de 5 años para que el Programa de Liberación se mantenga vigente, por lo que dicho plazo venció en el año 2011. Con fecha 27 de abril de 2011, dicho plazo fue ampliado determinando ello un cierto mecanismo de flexibilización.

En efecto, mediante la Decisión 746 “Preferencias arancelarias a la República Bolivariana de Venezuela”¹³ se acordó que los países miembros de la Comunidad Andina y la República Bolivariana de Venezuela mantendrán las preferencias arancelarias de manera temporal hasta que se celebren y entren en vigencia los acuerdos bilaterales permanentes que suscriban entre ellos, de la siguiente manera:

“Los países miembros mantendrán vigentes, de manera temporal y recíproca, las preferencias arancelarias previstas en el Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena a las importaciones originarias de la República Bolivariana de Venezuela. Cada país miembro aplicará esta disposición hasta la entrada en vigor de un acuerdo comercial bilateral suscrito entre el país andino y la República Bolivariana de Venezuela. Con sujeción al principio de reciprocidad, la presente Decisión será aplicable a las importaciones que se hayan efectuado a partir del 22 de abril de 2011”.

No olvidemos que, en el marco del artículo 135, Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena por motivos políticos, finalizando de pleno derecho para ese país miembro, desde el momento de la presentación de la denuncia, los derechos y obligaciones originados de su condición de país miembro de la CAN. Es decir, que desde el momento de presentación de la denuncia del Tratado (22 de abril de 2006), cesaron los derechos y obligaciones que había adquirido, en el marco de la integración andina, *con excepción del derecho de importar y exportar libre de todo gravamen y restricción los productos originarios del territorio de cualquiera de los países miembros por espacio de cinco años, contados a partir de la fecha de la denuncia del Tratado*.

¹³ Trigésimo tercera reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión el día 27 de abril de 2011.



A estos efectos, se creó una “Comisión Mixta” para que: 1) identifique aquellos compromisos que se consideren convenientes preservar entre las Partes, y 2) determine un *mecanismo de solución de controversias provisional* entre los países miembros de la Comunidad Andina y la República Bolivariana de Venezuela, para solucionar las diferencias que surjan por la interpretación, aplicación o incumplimiento del Programa de Liberación durante los 5 años de duración¹⁴.

Por otro lado, en el ámbito institucional andino, la denuncia del Tratado también acarrió la inmediata separación del Magistrado Principal y de los Magistrados Suplentes designados por Venezuela, toda vez que uno de los requisitos esenciales para ser Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) es ser justamente “nacional de origen de uno de los países miembros”, con lo que les sobrevinía la imposibilidad absoluta de ejercer jurisdicción. En tal virtud que, la conformación del Tribunal quedó desde entonces reducida a cuatro Magistrados (4 Magistrados – 4 países miembros). Lo mismo sucedió con uno de los directores generales de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA), ya que dichos cargos están reservados, exclusivamente, para nacionales de los países miembros¹⁵.

III. La adhesión de Venezuela al MERCOSUR

El 4 de julio de 2006, a los dos meses de la retirada de Venezuela de la CAN, se suscribió un Protocolo de Adhesión mediante el cual Venezuela se constituyó en “Estado Parte” del MERCOSUR. No obstante, este instrumento de adhesión aún no ha entrado en vigor debido a que hasta la fecha no ha sido ratificado por todos los parlamentos de los firmantes. El Senado de Brasil aprobó dicho ingreso en diciembre de 2009, faltando solo la aprobación del parlamento de Paraguay, que alega la falta de democracia en Venezuela como impedimento para su incorporación¹⁶. Por tanto, la vinculación legal de Venezuela al bloque regional seguiría siendo en calidad de “Estado Asociado”, en otras palabras, su status jurídico se encuentra en un estado intermedio¹⁷. En efecto, Venezuela tiene una categoría de miembro no prevista con anterioridad, “Estado Parte en proceso de adhesión”¹⁸.

14 Sg/dt 341 “Consideraciones jurídicas de la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de Venezuela y sobre la protección del acervo histórico de las relaciones entre los países miembros de la Comunidad Andina” de fecha 3 de mayo de 2006; Sg/dt 347 “Acervo histórico y perspectivas de las relaciones entre los países miembros de la Comunidad Andina y Venezuela” del 28 de junio de 2006; y, Sg/dt 356 “Resumen aspectos jurídicos derivados de la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de Venezuela” del 2 de agosto de 2006.

15 Ricardo Vigil Toledo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Madrid, Thomson Reuters, 2011, p. 76.

16 Al respecto, cabe señalar que los Estados miembros de la CAN y del MERCOSUR son Estados asociados mutuamente.

17 N. Pontiroli, *La incorporación de Venezuela al MERCOSUR*, MERCOSUR ABC. <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=999&IdSeccion=1>, consulta: 17 de mayo de 2012.

18 Waldemar Hummer, *Cambio de lado de Venezuela en el Cono Sur. Retiro de la Comunidad Andina (CAN) y adhesión al MERCOSUR*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, p. 535.



En este contexto, la adhesión es una forma de manifestación del consentimiento que permite devenir contratantes de un tratado a sujetos no signatarios del mismo (y que tampoco participaron en su negociación)¹⁹. Por otro lado, la posibilidad de denunciar el tratado que constituye al MERCOSUR se encuentra expresamente regulada en el artículo 21 del Tratado de Asunción que señala que: “El Estado Parte que desee desvincularse del presente Tratado deberá comunicar esa intención a los demás Estados Partes *de manera expresa y formal*, efectuando dentro de los sesenta (60) días la entrega del documento de denuncia al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay que lo distribuirá a los demás Estados Partes”.

Por su parte, el artículo 22 del Tratado de Asunción prosigue señalando que: “Formalizada la denuncia, cesarán para el Estado denunciante los derechos y obligaciones que correspondan a su condición de Estado Parte, manteniéndose los referentes al programa de liberación del presente Tratado y otros aspectos que los Estados Partes, junto con el Estado denunciante, acuerden dentro de los sesenta (60) días posteriores a la formalización de la denuncia. Esos derechos y obligaciones del Estado denunciante continuarán en vigor por un período de dos (2) años a partir de la fecha de la mencionada formalización”²⁰. Es claro que esta cláusula de denuncia del MERCOSUR guarda una gran semejanza con la de la CAN, pero que, en lugar de 5 son 2 años de plazo de gracia.

IV. Algunas consideraciones finales

El 27 de abril de 2011, mediante la Decisión 746, se acordó que los países miembros de la CAN mantendrán vigentes, de manera temporal y recíproca, las preferencias arancelarias previstas en el Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena a las importaciones originarias de la República Bolivariana de Venezuela, hasta la entrada en vigor de un acuerdo comercial bilateral suscrito entre el país andino y la República Bolivariana de Venezuela.

Respecto al MERCOSUR, el instrumento de adhesión de Venezuela aún no ha entrado en vigor, por lo que su vinculación legal al bloque continúa siendo en calidad de “Estado Asociado”, status jurídico que implica que Venezuela se encuentra en una especie de *estado intermedio*.

Paralelamente, Venezuela ha impulsado la creación de la Alternativa Bolivariana para Nuestra América (ALBA), como una alternativa opuesta al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), llevada adelante junto con Cuba, Bolivia, Nicaragua y Ecuador para convertirse en una alternativa “superadora” de todas las otras modalidades previstas por la Organización Mundial de Comercio (OMC).

19 Antonio Remiro Brotóns, *Derecho Internacional Público*, II. Derecho de los Tratados, Madrid, Editorial Tecnos, 1987, p. 102.

20 Ver el Tratado de Asunción en: www.mercosur.int, consulta: 18 de mayo de 2012.



De este collage de diversos procesos de integración emerge una superposición de modelos esencialmente irreconciliables, que determina una especie de “limbo integracionista” en el cual estaría situada Venezuela, dando lugar a posibles dificultades o enredos no fáciles de entender o desatar. Esta posición ecléctica venezolana no procede con cautela, teniendo como resultado una postura intermedia, en lugar de seguir soluciones bien definidas y coherentes entre sí.

Ello constituye un considerable factor de incertidumbre en la región y hasta, si podemos decirlo, de “desintegración”, sobre todo respecto a los bloques regionales de la CAN y del MERCOSUR, cuya misión es justamente converger en lo que es la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).



Bibliografía

Alonso García, Ricardo, *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.

Brilmayer, Lea & Isasias Yemane Tesfalidet, *Treaty Denunciation and “Withdrawal” from Customary International Law: An Erroneous Analogy with Dangerous Consequences*, 120 Yale L.J. Online 217 (2011).

Hummer, Waldemar, *Cambio de lado de Venezuela en el Cono Sur. Retiro de la Comunidad Andina (CAN) y adhesión al MERCOSUR*, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.

Malamud, C., “La salida venezolana de la Comunidad Andina de Naciones y sus repercusiones sobre la integración regional (1a parte)”, en ARI, n.o 54/2006, Real Instituto Elcano, Área: América Latina, 10 de mayo del 2006.

Mariño Fages, Jorge R.J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Mave Editora, 1999.

Pontioli, N., *La incorporación de Venezuela al MERCOSUR*, MERCOSUR ABC.

Remiro Brotóns, Antonio, *Derecho Internacional Público, II. Derecho de los Tratados*, Madrid, Editorial Tecnos, 1987.

Remiro Brotóns, Antonio, *Manual de Derecho Internacional Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Vigil Toledo, Ricardo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Madrid, Thomson Reuters, 2011.

Páginas web visitadas

www.iadb.org

www.tribunalandino.org.ec

www.comunidadandina.org

www.mercosur.int



Documentos de trabajo

Sg/dt 341 “Consideraciones jurídicas de la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de Venezuela y sobre la protección del acervo histórico de las relaciones entre los países miembros de la Comunidad Andina” de fecha 3 de mayo de 2006.

Sg/dt 347 “Acervo histórico y perspectivas de las relaciones entre los países miembros de la Comunidad Andina y Venezuela” del 28 de junio de 2006.

Sg/dt 356 “Resumen aspectos jurídicos derivados de la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de Venezuela” del 2 de agosto de 2006.



AUTODETERMINACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

✉ Por: Carolina Holguín Tafur ¹

Resumen:

Colombia es Estado multiétnico y pluricultural en donde convergen diversas culturas y estilos de vida diferentes a los que son reconocidos como tradicionales en el mundo occidental; la Constitución colombiana ha procurado por la preservación de los pueblos indígenas que son considerados minorías, no solo de las personas que los conforman, sino de cada una de las tradiciones que los hacen particulares y especialmente diferentes a los demás, garantizando sus derechos especialmente en tres campos específicos: (i) inclusión en el ámbito de la política nacional, asegurando la participación de los mismos en el Congreso de la República, (ii) reconocimiento de una jurisdicción especial indígena, permitiendo que sus leyes sean aplicadas en los casos particulares, y (iii) respeto por los territorios indígenas, asegurando la propiedad colectiva de los resguardos; de esta manera el Estado colombiano ha procurado por que los pueblos indígenas conserven su identidad cultural, respetando el derecho de autodeterminación que les asiste de conformidad al Derecho Internacional, entendido no como un procedimiento secesionista sino inclusionista en cada uno de los aspectos de la vida nacional.

Palabras Clave:

Autodeterminación, Pueblo Indígena, Jurisdicción Especial Indígena, Identidad Cultural.

¹ Abogada de la Universidad de San Buenaventura (Cali, Colombia). Especialista en Mediación de Conflictos de la Universidad de la Sabana (Bogotá). Diplôme Universitaire en Médiation de Conflits del Institut Universitaire Kurt Bösch (Sion, Suisse). Doctoranda en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid - Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset. Email: carholt@hotmail.com



Abstract:

Colombia is a multiethnic and pluricultural State where converge various cultures and lifestyles different from those that are recognized as traditional in the Western world; Colombian Constitution has tried to ensure the preservation of indigenous peoples who are considered minorities, not just about the people who form part of the groups, but more important, each traditions that make them particularly different from the others, guaranteeing their rights especially in three specific areas: (i) inclusion in the scope of national politics, ensuring their participation in the Congress, (ii) recognition of a special indigenous jurisdiction, allowing the application of their law in specific cases, y (iii) about the indigenous territories, ensuring collective ownership of the reservations; thus Colombian State has tried to preserve cultural identity of the indigenous people, respecting their right of Self – Determination in accordance with international law, not as a secessionist procedure but a inclusionist one in every aspect of national life.

Key Words:

Self – Determination, Indigenous Peoples, Special Indigenous Jurisdiction, Cultural Identity.

Introducción

Desde el “descubrimiento de América” los pueblos indígenas de todo el continente se han visto sometidos al yugo y dominación por parte de la cultura occidental, a lo cual no escaparon los que se encontraban asentados en el territorio que hoy es el Estado colombiano.

Los occidentales nos olvidamos que eran los indígenas los que habitaban las tierras de América y vivían en armonía entre ellos y con el medio que los rodeaba, y sin tener en cuenta su cultura ancestral y sus tradiciones, quisimos que se incorporaran “poco a poco” a la cultura occidental y que olvidaran sus costumbres, pues de lo contrario serían salvajes para siempre.

Mucho tardamos en comprender que la cosmovisión indígena es muy diferente a la de la cultura occidental y apenas hasta finales del siglo XX se empezaron a crear instrumentos de carácter internacional para la protección de los pueblos indígenas y más lento aun ha sido el proceso de incorporación de los mismos en las legislaciones internas de los Estados.

Colombia esta compuesta por una población pluriétnica y multicultural, esta realidad ha sido reconocida por la Constitución Política, que ha plasmado varias disposiciones en procura del mantenimiento de ese carácter de la Nación.



En Colombia se ha logrado constitucionalizar el derecho de los pueblos indígenas a ser pueblos indígenas, se les ha garantizado, en principio, el derecho a la autodeterminación, evidenciando que son diferentes y bajo este entendido se deben tratar, pero con el derecho a acceder a todos los beneficios del resto de la población del país.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo de algunos legisladores y de la rama judicial, que ha procurado por la defensa de los intereses de los pueblos indígenas, éstos se siguen viendo afectados por el conflicto interno que se vive en el país, y siguen siendo víctimas, como en el siglo XVI, pero no solo de la cultura occidental, sino de la violencia de los grupos al margen de la ley que operan en el territorio colombiano.

Así pues, el objetivo del trabajo será realizar un acercamiento al tratamiento dado en Colombia a los pueblos indígenas, con fin de demostrar como la regulación interna ha contribuido al desarrollo de las estas poblaciones, priorizando el mantenimiento de su cultura y organizaciones tradicionales, pero siempre brindándoles participación en la vida y política nacional.

1. Autodeterminación de pueblos indígenas

Antes de adentrarnos en el tema, es importante determinar una definición de quienes son considerados “Pueblos Indígenas”, para tener claridad respecto de que grupo poblacional me estoy refiriendo y a quienes son aplicables los derechos que se definirán a lo largo de este documento. Para hablar de Autodeterminación de los pueblos indígenas se hace indispensable abordar el tema desde el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de ahora en adelante OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas².

Aunque ni el Convenio 169 de la OIT ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas traen una definición precisa de “Pueblo Indígena”, particularmente el Convenio 169 de la OIT nos da unas pautas respecto del ámbito de aplicación del instrumento, del cual es posible construir una definición aproximada³.

2 Anexa a la Resolución 61/295, de la 107ª Sesión Plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 13 de septiembre de 2007.

3 Artículo 1, Convenio 169 de la OIT: “1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”



Así pues podríamos definir un Pueblo Indígena, para los efectos de este trabajo, como un grupo de la población diferenciado por que aún conserva su modo de vida tradicional, aunque de alguna manera puede haber evolucionado, igualmente se comunican a través de su propio lenguaje y mantienen sus tradiciones ancestrales en temas relacionados con creencias, cultura y modo de gobernanza, y ocupan un territorio determinado⁴, con un vínculo especial a él, incluso desde épocas anteriores a la expansión de la cultura occidental en el mundo.

Ahora bien, todos los pueblos indígenas, entendidos como los grupos poblacionales descritos anteriormente, tienen el derecho a la libre determinación, esto implica que, de conformidad con el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, "... éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,".

Sin embargo no debe entenderse que este derecho implique la búsqueda de independencia del territorio del Estado en el cual se encuentra ubicado el pueblo indígena, sino que precisamente ese Estado les garantice el derecho a la igualdad con todos los otros ciudadanos, como desarrollo del principio básico de no discriminación, y adicionalmente que se les permita desarrollar su cultura ancestral arraigada a la tierra que tradicionalmente les ha pertenecido, con todas las consecuencias que ellos implica, tales como el mantenimiento de sus instituciones tradicionales, leyes consuetudinarias, y formas de convivencia no solo respecto de los miembros de la comunidad, sino su relación con la tierra y el ambiente en general⁵.

Aquí es cuando toma gran importancia el derecho a la consulta que se establece tanto en el Convenio 169 de la OIT⁶ como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷, bajo este precepto cada decisión del Estado que potencialmente afecte al pueblo indígena debe ser previamente conocida por el mismo y haberse pronunciado al respecto.

Se establece que dicha consulta debe involucrar a la comunidad en general y debe realizarse de manera que previa a la toma de la decisión, no deben existir limitaciones para que el pueblo pueda expresar su opinión de manera libre, y en ultima instancia es el que decide si dicha política, la cual afecta de una u otra manera su forma de vida, puede llevarse a cabo o no respecto de determinada población.

4 No se debe entender que están excluidos los pueblos indígenas nómadas, pues están igualmente en un espacio terrestre determinado en el cual se movilizan constantemente.

5 Adicionalmente así esta plasmado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en su Artículo 46.1: "Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes."

6 Ver artículo Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

7 Ver Artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.



Cuando un gobierno decida implementar políticas de desarrollo económico, social y/o cultural, y que afecte, de manera directa o indirecta, a un pueblo indígena, es indispensable la consulta, pues es de importancia suprema que sean los mismos pueblos quienes decidan que políticas de desarrollo quieren que sea aplicadas a su comunidad, pues son ellos lo que primordialmente están llamados a saber de que manera esto afectará en el desarrollo de su cultura, en las relaciones que tienen con la tierra y los seres que los rodean, en su derecho consuetudinario y en general todas las tradiciones que practican, y que finalmente son el objetivo a proteger por parte de los gobiernos.

Así pues el objetivo principal de la autodeterminación de los pueblos indígenas no es otro diferente a que se reconozca la diversidad cultural que posiblemente existe en el territorio de los Estados y que la misma se debe proteger de manera especial, pues es un patrimonio no solo del país en el que se encuentra cada uno de los pueblos indígenas o tribales, sino que dichas tradiciones culturales, religiosas, conocimientos ancestrales, normas consuetudinarias, entre otros, están llamados a ser patrimonio cultural e inmaterial de humanidad por la gran importancia que tienen para el desarrollo de sociedades futuras.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en la mayoría de los Estados donde están ubicados los pueblos indígenas, los mismos constituyen minorías poblacionales, y que existe el principio de no discriminación, considero importante recalcar en este punto que la no discriminación está fundamentada en la igualdad que debe existir entre: (i) las personas que pertenecen a algún tipo de etnia diferente a la predominante en el país y (ii) los demás habitantes del territorio, que sería el grupo más homogéneo.

Ahora bien, considero que el valor aplicable sería el de equidad, lo que significa que no se garantiza el derecho a la igualdad cuando el que es desigual y esta en una situación desventajosa se le brinda un tratamiento igual al que esta en condiciones dominantes. Por lo tanto a quienes están bajo circunstancias más desfavorables se les debe dar un trato diferencial, en sentido positivo, para que puedan acceder a los derechos en una manera igual al resto de la población; así pues aplicando el valor de la equidad se garantiza efectivamente el derecho a la igualdad; en el caso concreto, entre los miembros de los pueblos indígenas y el resto de la población del país.

2. Caso Colombiano

En el año 1990, Colombia, después de un agitado proceso electoral, cita a una Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de redactar una nueva Constitución para el Estado, teniendo en cuenta que la que regía en ese momento tenía más de 100 años (1886) y por lo tanto estaba obsoleta y no respondía a la realidad social, política, económica y cultural del Estado. En dicha Asamblea Nacional Constituyente tuvieron participación, de una u otra forma, los diferentes sectores de la población colombiana, incluyendo de esta manera a las minorías del país, representadas básicamente por los grupos indígenas y las negritudes que habitan



en el territorio nacional⁸, así pues, este fue un proceso participativo y pluralista. Es así como el día 6 de julio de 1991, se promulgó la Constitución Política de Colombia, basada en nuevos principios e ideologías integradoras.

Respecto del caso que nos ocupa, es importante señalar que en Colombia, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, en adelante DANE, realizó un censo nacional en el año 2005, donde el resultado arrojó que en Colombia actualmente existen 86 pueblos indígenas, con una población de 1.392.623 personas, lo que equivale al 3,40% de la población total del país para ese año⁹; lo que nos demuestra que hay un número grande y significativo de habitantes en el territorio nacional que pertenecen a etnias o pueblos indígenas, y la necesidad inminente de regulación especial para la conservación de los mismos.

a. Protección de los pueblos indígenas en la Constitución Política de Colombia

Desde el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia se establece que es un Estado pluralista, lo que implica el reconocimiento de la diversidad existente en la Nación, y lo convierte en uno de los fundamentos esenciales del Estado colombiano¹⁰.

Así en el desarrollo del articulado nos encontramos específicamente con el artículo 7 que reza: *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”*. Se puede considerar que este es uno de los pilares fundamentales para el respeto y desarrollo, no solo de los pueblos indígenas, sino de todas las culturas que son diferentes a la predominante en el territorio del Estado Colombiano.

Ahora bien, enfocándome en el caso de los pueblos indígenas, se pueden identificar 3 grupos de normas específicas en el marco de la Constitución Política de Colombia por medio de los cuales se les da una especial protección, las cuales se agrupan así: (i) Participación en la Política Nacional, (ii) Jurisdicción Especial Indígena y (iii) Territorios Indígenas.

8 La Asamblea Nacional Constituyente estuvo conformada por 74 miembros, de los cuales 70 miembros tenían voz y voto y 4 solo voz, quienes participaron en representación de los movimientos desmovilizados que entregaron las armas; así pues 2 de los miembros con voz y voto fueron en representación de partidos políticos de pueblos indígenas: Francisco Rojas Birry y Lorenzo Muelas Hurtado, quienes fueron elegidos por voto popular; y 1 miembro solo con voz: Alonso Peña Chepe, del movimiento pro-indigenista Manuel Quintín Lame.

9 La población total de Colombia para el año 2005 ascendía a 41.468.384 habitantes, la fuente puede ser consultada en el libro general del censo de 2005, publicado en <http://www.dane.gov.co/censo/files/libroCenso2005nacional.pdf> y http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnias/colombia_nacion.pdf

10 Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.



Respecto del primer punto, Participación en la Política Nacional, se incorporó el artículo 17111, por medio del cual obligatoriamente deben estar dos (2) miembros en representación de los pueblos indígenas en el Senado de la Republica, que es el órgano legislativo de carácter nacional¹².

En mi consideración personal, este es uno de los logros mas importantes que alcanzaron los representantes de los pueblos indígenas durante la redacción de la Constitución Colombiana de 1991, pues no solo se les reconoce su derecho a libre determinación, y por tanto que se les deben garantizar los derechos a cada uno de los pueblos indígenas de manera igual al resto de la población, pero respetando su propia identidad cultural, sino que además se les asegura una participación activa y efectiva en el órgano legislativo, afianzando su intervención en la política nacional y conociendo directamente de los tópicos de trascendencia, no solo para su pueblo indígena como tal, sino de manera integral para todo el Estado.

Ahora bien, puede observarse que en este caso el Derecho Interno Colombiano va mas allá de los instrumentos mas importantes que existen en el marco del Derecho Internacional respecto de los derechos de los pueblos indígenas, como lo son el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pues ninguna de las dos nos enuncia como obligación de los Estados que exista una representación indígena en el órgano legislativo, simplemente que se deben respetar sus propias leyes, por eso es un logro importantísimo, pues los indígenas ya no están presentes solo para que se les respeten sus derechos sino que se afianzan en un puesto desde el cual pueden promover con mas eficacia decisiones que les garantice el derecho a libre determinación. Ya no son solo considerados como “pueblos” y se les reconoce la diferencia e identidad propias, sino que son efectivamente incorporados en la participación de las decisiones políticas del Estado.

11 Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. “ARTICULO 171. El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional.

Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.

Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República.

La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral.

Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.” (subrayas fuera del texto)

12 El órgano legislativo en Colombia esta compuesto por dos (2) cámaras: el Senado de la Republica y la Cámara de Representantes; los miembros del Senado son elegidos en todo el territorio nacional, mientras los de la Cámara son elegidos por cada uno de los Departamentos (Entidades Territoriales).



Pasando al segundo apartado, sobre Jurisdicción Especial Indígena, se adoptó el artículo 246 en la Constitución Nacional de Colombia¹³, en el cual se establecen las funciones jurisdiccionales e independientes que tienen en sus territorios las autoridades de los pueblos indígenas.

Como se ha manifestado, en Colombia existe un régimen especial que permite que los pueblos indígenas no estén regidos bajo las leyes nacionales, sino que dentro de sus territorios se reconoce una Jurisdicción diferente, aplicable a los miembros de la comunidad indígena, de conformidad con sus propias leyes consuetudinarias.

Del artículo puede deducirse que hay 2 grupos de disposiciones: el primero se refiere a la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas y el segundo la forma de articular y coordinar el Derecho Interno Colombiano y el de las comunidades indígenas.

Respecto de la autonomía jurisdiccional hay dos premisas, una, que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, y dos, que dichas funciones jurisdiccionales se ejercen de conformidad con sus propias normas y procedimientos. Existe una amplia discrecionalidad para que cada pueblo indígena, de conformidad a sus propias costumbres y tradiciones, establezcan las leyes aplicables dentro de su propio territorio, respetando el derecho consuetudinario que se ha formado en cada una de las comunidades desde tiempos ancestrales, es aquí cuando se ve reflejado como el Estado procura por que se respete el derecho a libre determinación de cada uno de los pueblos indígenas, pues se están respetando sus costumbres lo que nos lleva a que se busque el mantenimiento de su propia identidad cultural.

Así la Constitución Colombiana se adoptó siguiendo las premisas del contenidas en el Convenio 169 de la OIT¹⁴, pero nuevamente en este punto es un poco más progresista, pues mientras el mencionado Convenio, regulación internacional vigente para el momento de la promulgación de la Constitución Colombiana, y que aun no había sido ratificada por Colombia, solo prevé que “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.” La Constitución Colombiana garantiza que la administración de justicia en los pueblos indígenas se realice de conformidad con su propio derecho consuetudinario, dotando de autonomía jurisdiccional a las autoridades de los pueblos indígenas, garantizando así nuevamente el respeto al derecho de la libre determinación.

13 Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. ARTICULO 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.” (subrayas fuera del texto)

14 Ver artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT



Pero no puede perderse de vista que era indispensable integrar cada uno de los sistemas particulares de cada población indígena al ordenamiento jurídico nacional, es así como se estableció la limitación “siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”, garantizando de esta manera una articulación armoniosa de los dos sistemas, por lo tanto en cada territorio pueden existir leyes particulares que desarrollen su cultura propia, pero bajo ningún motivo las mismas pueden ser contrarias, fundamentalmente, con los principios adoptados por la Constitución y traducidos en el respeto a los Derechos Humanos Fundamentales.

El Convenio 169 de la OIT fue incorporado al Derecho Interno mediante la promulgación de la Ley 21 de 1991, poco tiempo después de entrar en vigencia la Constitución Política de Colombia; Colombia fue el tercer Estado en ratificarlo, el 7 de agosto de 1991. Así las cosas, hay que indicar que el Convenio 169 de la OIT ha sido incorporado al Derecho Interno no como una Ley mas, pues es reconocido por la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana¹⁵, máximo interprete de la Constitución, que el mismo hace parte del Bloque de Constitucionalidad, es decir, que por interpretación del artículo 93 de la Carta¹⁶, se entiende que dicho Convenio tiene la misma jerarquía que la Constitución y por lo tanto esta incorporado a la misma. Por esta razón al considerarse que el Convenio 169 de la OIT versa sobre Derechos Humanos tiene una especial aplicación en el orden interno y bajo ningún punto puede ser desconocido por alguna disposición de orden inferior a la propia Constitución.

15 Ver Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana Nos.: T - 606 de 2001 Referencia: expediente T-402991, Acción de tutela instaurada por el Gobernador del Resguardo Indígena de Cañamomo y Lomapieta, Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. T - 048 de 2002, Referencia: expediente T-506.704, Acción de tutela instaurada por Vicente Ortiz Trilleras contra el Cabildo Indígena Los Angeles-Las Vegas de Natagaima. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. C - 620 de 2003, Referencia: expedientes D-4381 y D-4382; Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 773 de 2002 y contra su artículo primero (parcial), Actor: Elimenes Bruges Guerra y otra, Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. T - 703 de 2008, Referencia: expediente T-1859165, Acción de tutela instaurada por Gustavo Adolfo Banguero Salazar contra la Universidad del Valle, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Todas pueden ser consultadas en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>.

16 Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.



Sin embargo en este punto encontramos una posible contradicción; ¿cómo debe actuarse cuando una ley consuetudinaria, o de otro tipo, de un pueblo indígena es contraria a las disposiciones de la Constitución?, mas específicamente, ¿cómo articular el derecho interno y la jurisdicción especial indígena? en este punto la Corte Constitucional Colombiana ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diferentes sentencias, especialmente respecto de las sanciones aplicadas por algunos pueblos indígenas, los cuales podrían ser considerados, en principio, como contrarios a la Constitución y a las Leyes. Para lo cual identificó un grupo de derechos que bajo ningún punto pueden ser desconocidos por las autoridades de los pueblos indígenas en virtud de la autonomía otorgada por vía constitucional.

Este grupo de derechos serían: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, pues “Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos...”¹⁷.

Se podría pensar que esta interpretación es correcta, pero ¿que sucede cuando la pena impuesta sí es considerada como violatoria de este grupo de derechos? Estaríamos frente un conflicto entre normas de igual jerarquía para el derecho interno colombiano, pues como se ha dicho el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad, al igual que hacen parte de la Constitución el grupo de derechos identificados. En numerosos casos la Corte ha concluido que algunos castigos no son considerados como tortura o tratos degradantes¹⁸, o que el destierro de una comunidad indígena no puede entenderse como violatorio de este núcleo de derechos¹⁹, pero no entraré a discutir sobre el acierto o no de estas decisiones, simplemente es innegable la tensión existente y considero que la cosmovisión indígena es muy diferente a la del mundo occidental, lo que nosotros consideramos aberrante para ellos puede tener un significado totalmente diferente, así que ¿quiénes somos nosotros, los occidentales, para decidir que practicas ancestrales son contrarias o no a los derechos fundamentales?.

17 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. T – 349 de 1996, Referencia: expediente T-83456, Actor: Ovidio González Wasorna, Demandado: Asamblea General de Cabildos Indígenas región -Chamí y Cabildo Mayor Único (CRIR), Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

18 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. T – 349 de 1996; <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>. Sentencia No. T – 523 de 1997, Referencia: expediente T-124907, Actor: Francisco Gembuel Pechene, Demandados: Luis Alberto Passu, Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y Luis Alberto Finscue, Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

19 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. T – 254 de 1994, Expediente: T – 30116, Actor: Ananias Narváez, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.



Para finalizar este punto es importante señalar que en la Constitución también se incluyó la potestad legisladora respecto de las formas de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional; de conformidad a lo expresado por Dr. Francisco Rojas Birry²⁰, a pesar de la “lucha constante” por intentar esta regulación no ha sido posible que la misma “salga adelante”. Sin embargo lo anterior no es óbice para que la disposición constitucional respecto de la aplicación de la jurisdicción especial indígena tenga fuerza jurídica propia y sea aplicada, a pesar de la falta de regulación de la misma por medio de la Ley.

La Corte Constitucional así lo entendió en sus pronunciamientos²¹, lo que considero personalmente es un acierto, pues no sería razonable entender que por la falta de compromiso y responsabilidad del legislador, los pueblos indígenas vean postergados sus derechos y por tanto no pudiesen ejercer efectivamente el más importante de todos, la autodeterminación, que se ve efectivizada con el respecto a la diferencia, para lo cual se garantiza una jurisdicción especial y la autonomía dentro de sus territorios ancestralmente habitados.

Entrando en el tercer punto, respecto de los territorios indígenas, se incorporaron en la Constitución Nacional Colombiana los artículos 286²² y 329²³, mediante los cuales se indican que los territorios indígenas son entidades territoriales y la obligación de delimitación de dichas tierras y declaración de los resguardos.

Este grupo de artículos reconoce que los territorios que tradicionalmente han pertenecido a pueblos indígenas son de su propiedad, y los particulares, entendidos como las personas que no pertenecen a esa población, no pueden tener acceso a las mismas. Por lo tanto se declara a los territorios indígenas como propiedad colectiva y no enajenable, esto significa que

20 Opinión expresada en entrevista realizada el día 26 de enero de 2011 por el Dr. Francisco Rojas Birry, quien fue miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991, elegido por voto popular y representante de los pueblos indígenas colombianos, por el movimiento Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), adicionalmente fue Senador de la República en 2 periodos.

21 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. T - 254 de 1994. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. C - 139 de 1996, Referencia: expediente D-1080, Demandantes: Jaime Bocanegra Izquierdo, Rosalba Coll Rojas, Norma Hurtado Sánchez, Amparo Mosquera de García y Alberto Ospina Cardona, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

22 Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. ARTICULO 286: Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley. (subrayas fuera del texto)

23 Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. ARTICULO 329: La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

PARAGRAFO. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.



pertenece a todos y cada uno de los miembros del pueblo indígena y que están fuera del comercio. La importancia de esta disposición respecto del derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas es que les asegura que pueden desarrollar todas sus actividades de vida y producción en el territorio ancestral que han ocupado, garantizando su conexión con la tierra y de esta manera el espacio óptimo para la continuación de su forma tradicional de existencia y que pueda seguir transmitiéndose de generación en generación.

Esta es una especial protección a los territorios de los indígenas, reconociendo la conexión inseparable que existe entre estos pueblos y la tierra, con lo cual se busca que se garantice el respeto de estas creencias y que no este permitido convertir en bienes comerciales dichos terrenos, y que en este sentido, cada acción que afecte esas porciones terrestres debe ser consultada de manera previa con quienes las habitan, pues son los únicos llamados a decidir sobre su propiedad, que en ningún caso se puede perder de vista que es colectiva.

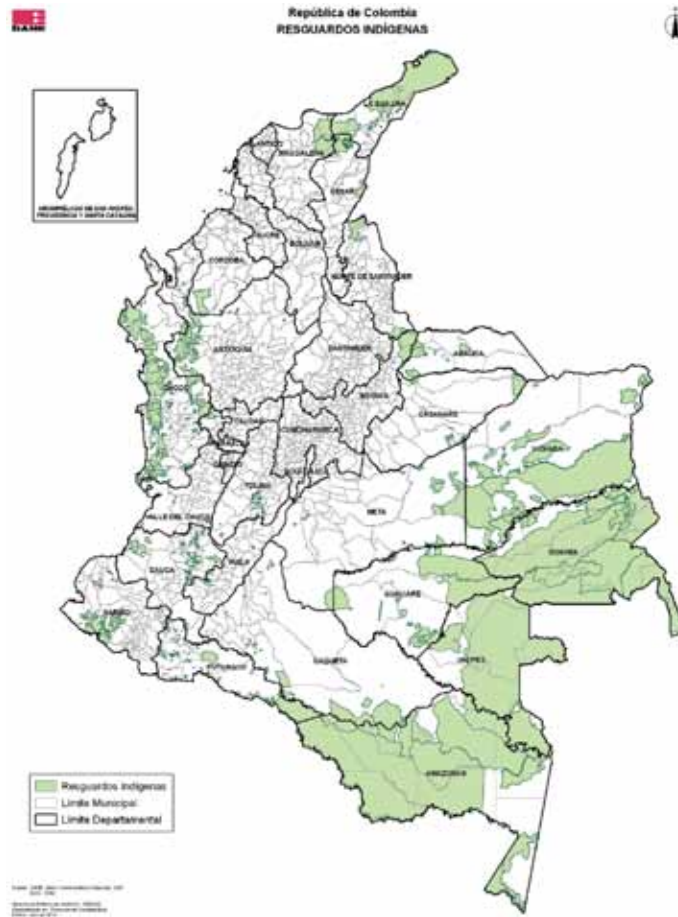
Con esta disposición Colombia es respetuosa del Derecho Internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, acogiendo a lo establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT que versa sobre “Tierras”, reconociéndole la propiedad de las mismas a los pueblos que tradicionalmente las han ocupado; igualmente se ha cumplido con la obligación del mismo Convenio sobre identificación de las poblaciones a fin de poder titular y delimitar los resguardos indígenas del territorio nacional.

En Colombia, para el año 2005, se habían identificado 710 resguardos indígenas con todas las titulaciones respectivas, es decir con el reconocimiento legal del Estado colombiano; la extensión de los terrenos de los resguardos ascendía a 34 millones de hectáreas, esto es el 29,8% del territorio nacional²⁴; aproximadamente el 70% de la población indígena identificada y censada en Colombia esta ubicada y desarrolla su vida habitualmente en sus resguardos, la población restante todavía no se ha podido vincular a un territorio específico y una minoría son nómadas – como por ejemplo las tribus Nukak Maku, Ikuani, Cuiva, Makaguanes, Jitnu y Jiw que habitan en las selvas del Guaviare y Amazonia colombianas. -

24 Información del censo nacional del año 2005 realizado por el DANE. Puede ser consultada en http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_etnicos.pdf



A continuación se muestra un mapa de ubicación de los resguardos indígenas colombianos publicado por el DANE, de conformidad al censo poblacional del año 2005:



Teniendo en cuenta la especial conexión de los pueblos indígenas con las tierras que habitan, es indispensable que existan mecanismos que garanticen que dichas extensiones serán respetadas por el Estado y los particulares; para lo cual se estableció el derecho de la consulta, mecanismo internacionalmente recogido en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como ya se había enunciado.



El Estado colombiano en varias ocasiones ha querido pasar inaplicar este derecho de orden no solo legal²⁵, sino constitucional²⁶, iniciando procesos de construcción de “proyectos de desarrollo”²⁷ obviando el trámite de la consulta a los pueblos indígenas.

En estos casos la Corte Constitucional, que ha tenido la posibilidad de estudiar las situaciones ha fondo ha indicado que es indispensable que el trámite de la consulta sea previo, informado y con la participación efectiva de los pueblos indígenas.

A continuación se estudiarán brevemente algunos casos abordados por la Corte Constitucional Colombiana respecto al derecho a la consulta:

La Sentencia SU – 039 del 3 de febrero de 1997²⁸, versa sobre un caso en el se otorgó licencia medioambiental a una compañía privada para la explotación de hidrocarburos en territorio indígena U’WA. En la demanda se cuestiona que se haya realizado la consulta a la población para que fuera ella quien decidiera al respecto por la posible afectación que dicha explotación tendría no solo sobre la tierra sino sobre su cultura y costumbres ancestrales como pueblo indígena.

En el presente caso la Corte Constitucional Colombiana es clara al indicar que los recursos del subsuelo son de propiedad del Estado, pero que al estar ubicados en territorios de los pueblos indígenas no es posible hacer caso omiso a las regulaciones respecto de consulta a la población establecidos en el Convenio 169 de la OIT, y siempre las comunidades deben ser informadas respecto del proyecto a implementar, los beneficios y desventajas con que el mismo pueda repercutir sobre la vida y cultura de la comunidad indígena, para que finalmente puedan participar de manera activa en la toma de decisiones al respecto; en todo caso el Estado no puede hacer caso omiso a las observaciones de la población y siempre debe actuar procurando la armonización entre el interés de explotación del subsuelo y la preservación del pueblo indígena con todas sus costumbres, cultura, forma de gobierno, religión y todo lo que implica identidad para el pueblo como tal.

25 Ley 21 de 1991, publicada en el diario oficial No. 39.720 del 6 de marzo de 1991. Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

26 Recordar que como se ha indicado el Convenio 169 de la OIT es considerado dentro del bloque de constitucionalidad.

27 Se pueden identificar 2 casos de gran preocupación, el primero es la explotación de hidrocarburos en territorios Grupo Étnico Indígena U’WA, el otro versa sobre la construcción de una hidroeléctrica en territorio del pueblo indígena Emberá – Katío.

28 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm>. Sentencia Corte Constitucional Colombiana No. SU – 039 del 3 de febrero de 1997. Corte Constitucional Colombiana, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, Expediente: T – 84771, Peticionario: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U’WA.



En el presente caso se afirmó que el procedimiento de consulta a la población no se había llevado a cabo correctamente, razón por la que se ordenó efectuar la consulta respectiva al pueblo indígena al que se le había vulnerado su derecho fundamental.

Lo importante de recalcar en la presente Providencia es que la Corte Constitucional Colombiana argumenta que el derecho a la consulta del pueblo indígena de conformidad a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT es un Derecho de carácter Fundamental, por lo tanto puede buscarse su protección por medio del Recurso de Tutela.

Otro caso significativo lo encontramos en la Sentencia T - 652 del 10 de noviembre de 1998²⁹, el mismo versa sobre la construcción de una hidroeléctrica en territorio del pueblo indígenas Embera - Katío, pero no solo se entra a analizar la violación del derecho fundamental de la consulta, lo que es reconocido y se da tratamiento de conformidad a la Sentencia SU - 039 de 1997, ya estudiada, sino que se analizan diferentes tópicos que procuran por el bienestar del pueblo indígena.

Aparte de la consulta como derecho fundamental del pueblo indígena, la Corte Constitucional Colombiana también entra a analizar la integridad territorial de la comunidad indígena como derecho inalienable para poder preservar la cultura y tradiciones, pues Colombia es un país multiétnico y multicultural, y así es proclamado por la Constitución Política de 1991.

En el caso del pueblo Embera - Katío del Alto Sinú, el Instituto Colombiano de Reforma Agraria, de ahora en adelante INCORA³⁰, al momento de constituir su Resguardo incurrió en un error imperdonable, pues omitió que este era en realidad un (1) solo pueblo y por tramites internos constituyó dos Resguardos y no uno, con lo que se quebrantó el principio de unidad territorial del pueblo indígena. Así pues se ordena que se subsane este yerro y se modifique la situación para que el pueblo indígena Embera - Katío este ubicado en un solo Resguardo.

Posteriormente se insiste sobre el derecho fundamental que les asiste a los pueblos indígenas a ser consultados cuando hay un proyecto de alto impacto que pueda afectar la forma de vida tradicional de la comunidad, adicionalmente en este caso en particular también se estaban vulnerando otros derechos fundamentales, como el debido proceso, y mas grave y cuestionable, el derecho a la subsistencia.

29 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>. Sentencia Corte Constitucional Colombiana No. T - 652 de 1998, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, Expedientes Acumulados: T - 168.594 y T - 182.245, Actores: Rogelio Domicó Amaris, Organización Nacional Indígena de Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, Alirio Pedro Domicó y otros.

30 El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria actualmente esta en proceso de Liquidación y fue reemplazo por el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural - INCODER, esta es la Entidad encargada de realizar el proceso administrativo de constitución de los Resguardos Indígenas en Colombia, para la efectivización de su reconocimiento y acceso a todos sus derechos.



Ahora bien, teniendo en cuenta que la construcción de la hidroeléctrica ya se había iniciado y que ya se habían generado daños irreversibles sobre la forma de vida tradicional del pueblo indígena, se considera la reparación de los daños ocasionados.

El pueblo Embera – Katío basaba su subsistencia básicamente en cultivos esporádicos, pesca, caza ocasional, todas estas prácticas de poco impacto ambiental, con la construcción de la hidroeléctrica este estilo de vida ya no puede ser viable pues los terrenos que ocupaban en estas actividades ahora estarán inundados; todo esto agravado por la situación que su Resguardo esta ubicado en una parte que ha sido declarada Parque Natural Nacional, razón por la cual estas tierras no son cultivables por preservación de la naturaleza. En este caso la Corte Constitucional decidió ordenar hacer las reformas respectivas para permitir el cultivo de algunas partes del Parque para poder asegurar la subsistencia del pueblo indígena “*pues la protección ecológica del parque nacional no puede hacerse a costa de la desaparición forzada de este pueblo indígena.*”³¹.

Otro logro significativo obtenido en el marco de este pronunciamiento judicial es la prohibición de la vulneración del derecho a la salud de los miembros de las comunidades indígenas y la obligación de la prestación de este servicio básico de manera oportuna y diligente.

En conclusión, esta Sentencia abarca múltiples temas de interés para los pueblos indígenas, tales como el derecho fundamental de consulta, la prohibición de violar la integridad territorial del pueblo, el derecho a la subsistencia y el derecho a la salud; todos ellos reconocidos en este pronunciamiento y que constituyen la base para la posterior aplicación en otras comunidades del país.

En la Sentencia SU – 383 del 13 de mayo de 2003³², se vuelve sobre la violación del derecho de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT, pues se ordenó la erradicación de cultivos ilícitos con glifosato sin consultar a la población indígena, lo cual también afectaba potencialmente sus cultivos, adicionalmente se evidencia que los territorios indígenas ocupados tradicionalmente en la Amazonía Colombiana no habían sido delimitados de conformidad a las reglas del mencionado Convenio, por lo que ordena cumplir con esta obligación.

Pero lo mas importante es recalcar que el Estado en este particular indica que no era necesario realizar a la consulta a los pueblos indígenas pues la decisión administrativa versaba sobre erradicación de cultivos ilícitos con glifosato, no consistía en explotación de los recursos naturales ubicados en territorios ocupados por pueblos indígenas. Lo interesante es como la

31 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>. Sentencia Corte Constitucional Colombiana No. T – 652 de 1998, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, Expedientes Acumulados: T - 168.594 y T - 182.245, Actores: Rogelio Domicó Amaris, Organización Nacional Indígena de Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, Alirio Pedro Domicó y otros.

32 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/SU383-03.htm>. Sentencia Corte Constitucional Colombiana No. SU – 383 de 2003, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, Expediente: T – 517583, Accionante: Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC.



Corte Constitucional después del análisis respectivo concluye que el derecho fundamental de la consulta no es solo para la explotación de los recursos, sino que es un mecanismo amplio que debe ser utilizado siempre que se afecten los intereses y cultura de la comunidad indígena, adicionalmente el Estado no había tenido en cuenta que dicho producto también afecta diferentes tipos de cultivo, con lo que se estaba menoscabando directamente el derecho a la subsistencia y omitió tener en cuenta que los indígenas de la Amazonia consumen la hoja de coca desde tiempos ancestrales y hace parte de su cultura y forma de vida, atentando directamente con la cultura de los pueblos indígenas.

El otro punto a tener en cuenta en este pronunciamiento es como se establece el limite de la consulta, de manera que no es una medida para “vetar” las acciones del gobierno, sino que debe ser utilizada para la protección de los pueblos indígenas y la preservación de su cultura y tradiciones.

Con la anterior practica de la Corte Constitucional Colombiana quiero evidenciar que a pesar de que en Colombia no se han podido lograr leyes especificas para la protección del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, básicamente por la falta de voluntad política, al menos la rama judicial ha entendido la importancia de que seamos una Nación pluriétnica y multicultural y se ha procurado por la defensa de los pueblos indígenas, respetándoles sus diferencias para que puedan preservar su forma de vida particular, sus costumbres ancestrales y sus tradiciones.



Conclusiones

Colombia es un país que ha estado marcado por un conflicto interno desde hace más de 5 décadas, lo que ha hecho que su imagen ante la comunidad mundial sea la de un Estado en el cual no se garantizan los Derechos Humanos y en el cual los habitantes no pueden vivir en paz y armonía. Este es un hecho que no puede negarse.

Sin embargo desde la promulgación de la Constitución Política de Colombia, en el año 1991, se ha reconocido el hecho de que ésta es una Nación multiétnica y pluricultural, en la cual emergen un sin número de expresiones de diversas culturas y tradiciones ancestrales para un grupo poblacional muy grande, y se ha procurado por el respeto de los derechos de esas comunidades que son “diferentes” a la mayoría de la población del país colombiano; como lo son los pueblos indígenas y las comunidades de afro descendientes que se encuentran ubicadas en todo el territorio nacional.

Ahora bien, respecto del tema que nos ocupó en este trabajo, hay que destacar el esfuerzo del Constituyente colombiano por incorporar en la Constitución Política todos los medios de garantía de los derechos de los pueblos indígenas de Colombia, de modo que se respete su identidad cultural y se procure por la preservación de las tradiciones que hacen que cada una de esas comunidades sea única.

En este punto es importante destacar que en Colombia existe una regulación garantista de los derechos de los pueblos indígenas, plasmados desde la misma Constitución Política y con un buen desarrollo legislativo, siendo la expresión más importante la incorporación al derecho interno del Convenio 169 de la OIT, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad; la Corte Constitucional Colombiana ha sido reiterativa en afirmar que el derecho de autodeterminación de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, por lo tanto que goza de jerarquía constitucional y debe ser garantizado en cualquier circunstancia.

A pesar de que los pueblos indígenas se encuentran actualmente expuestos a todas las consecuencias del conflicto armado que atraviesa el país, no es menos cierto que existe un marco constitucional y legal tendiente a proteger la identidad de los indígenas y que si bien en algunas oportunidades se han cometido abusos por parte del Estado, el sistema judicial no ha escatimado en declararlo y se ha procurado por la salvaguarda de los derechos.

Aunque en la actualidad todavía no existe una ley que regule como deben coordinarse el sistema judicial nacional y cada una de las jurisdicciones indígenas del país, esto no ha sido un impedimento para la aplicación de la norma constitucional y por tanto se ha desarrollado ampliamente el Convenio 169 de la OIT en procura de preservar los intereses fundamentales de los pueblos indígenas colombianos.



Para finalizar, aunque el sistema jurídico colombiano no es perfecto respecto de la preservación de los pueblos indígenas y tribales, si existe una regulación garantista que se ha hecho efectiva en muchas ocasiones, aunque todo el desarrollo normativo tendiente a la protección de las minorías solo será posible en su totalidad una vez no exista conflicto armado que amenace de manera directa la supervivencia de cada pueblo.



Bibliografía

- Anaya, James. “El Derecho a la Libre Determinación y la Autonomía Indígena”. La Plasmación Jurídica de la Diversidad. ISBN: 978-84-9830-285-1, Bilbao, 2011, pp. 47 – 58.
- Aparicio Wilhelmi, Marco. “El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación”. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. ISBN: 84-9830-058-4, San Sebastián, 2006, pp. 399 – 422.
- Arbeláez de Tobón, Lucia. “La Jurisdicción Especial Indígena y los Mecanismos de Coordinación con el Sistema Judicial Nacional”, Due, Justicia de Paz y Derecho Indígena: Análisis y Propuestas de Coordinación, Guatemala, 2004.
- Ayala Corao, Carlos M. “El Estado Constitucional y Autonomía de los Pueblos Indígenas”, Estudios Básicos de Derechos Humanos, No. 2, San Jose, 1995, pp. 397 – 423.
- Cabedo, Vicente José. “La Jurisdicción Especial Indígena de Colombia y los Derechos Humanos”, Universidad de Valencia, Valencia, 1998, consultado en <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>, el día 16 de febrero de 2012.
- Mora Torres, Diana Fernanda. Bases Conceptuales de la Jurisdicción Especial Indígena, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2003.
- Rodríguez Garavito, César; Morris, Meghan; Orduz Salinas, Natalia; Buritica Paula. La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Ed. Universidad de los Andes, Bogotá, 2010.
- Semper, Frank. “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo 2, 2006, pp. 761 – 778.
- Solano González, Edgar. “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional”, Anuario De Derecho Constitucional, Análisis De Jurisprudencia De La Corte Constitucional Período 2002 Y Primer Semestre De 2003, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 159 – 177.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. “Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)”. Revista Pena y Estado, No. 4, INECIP y Editorial el Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991



Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. “Censo General 2005, Nivel Nacional”. Dirección Censos y Demografía, Bogotá, 2008.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. “Colombia: Una Nación Multicultural, su Diversidad Étnica”. Rodríguez Palau, Elsa; Hernández Romero, Astrid; Salamanca Rodríguez, Lina Marcela; Ruiz García, Fabio Alberto (Eds.). Dirección Censos y Demografía, Bogotá, 2006.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. “La Visibilización Estadística de los grupos Étnicos Colombianos”. Hernández Romero, Astrid (Ed.), Dirección Censos y Demografía, Bogotá, de conformidad con el censo 2005.

Ley 21 de 1991, publicada en el diario oficial de la República de Colombia No. 39.720 del 6 de marzo de 1991. Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

Organización de Naciones Unidas. “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65* de la Comisión”. Stavenhagen, Rodolfo (Ed.), Consejo Económico y Social, E/CN.4/2003/90, 2003.

Organización Internacional del Trabajo. “La aplicación del Convenio núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una Recopilación de Casos”. Anaya, James (Ed.), relator especial de las naciones unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Ginebra, 2009.

Rojas Birry, Francisco (Entrevista). Situación Actual de la Población Indígena en Colombia. Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991, elegido por voto popular y representante de los pueblos indígenas colombianos, por el movimiento Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), adicionalmente fue Senador de la República en 2 periodos y Personero de Bogotá. 26 de enero de 2011.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. T – 254 de 1994, Expediente: T – 30116, Actor: Ananias Narváez, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. C – 139 de 1996, Referencia: expediente D-1080, Demandantes: Jaime Bocanegra Izquierdo, Rosalba Coll Rojas, Norma Hurtado Sánchez, Amparo Mosquera de García y Alberto Ospina Cardona, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.



Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. T – 349 de 1996, Referencia: expediente T-83456, Actor: Ovidio González Wasorna, Demandado: Asamblea General de Cabildos Indígenas región -Chamí y Cabildo Mayor Único (CRIR), Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Sentencia Corte Constitucional Colombiana No. SU – 039 del 3 de febrero de 1997. Corte Constitucional Colombiana, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, Expediente: T – 84771, Peticionario: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. T – 523 de 1997, Referencia: expediente T-124907, Actor: Francisco Gembuel Pechene, Demandados: Luis Alberto Passu, Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y Luis Alberto Finscue, Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Sentencia Corte Constitucional Colombiana No. T – 652 de 1998, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, Expedientes Acumulados: T - 168.594 y T - 182.245, Actores: Rogelio Domicó Amaris, Organización Nacional Indígena de Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, Alirio Pedro Domicó y otros.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. T – 606 de 2001 Referencia: expediente T - 402991, Acción de tutela instaurada por el Gobernador del Resguardo Indígena de Cañamomo y Lomaprieta, Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. T – 048 de 2002, Referencia: expediente T-506.704, Acción de tutela instaurada por Vicente Ortiz Trilleras contra el Cabildo Indígena Los Angeles-Las Vegas de Natagaima. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

Sentencia Corte Constitucional Colombiana No. SU – 383 de 2003, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, Expediente: T – 517583, Accionante: Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. C - 620 de 2003, Referencia: expedientes D-4381 y D-4382; Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 773 de 2002 y contra su artículo primero (parcial), Actor: Elimenes Bruges Guerra y otra, Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana No. T – 703 de 2008, Referencia: expediente T-1859165, Acción de tutela instaurada por Gustavo Adolfo Banguero Salazar contra la Universidad del Valle, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Published by the Law School of EAFIT University
Medellín - Colombia
June 2012

EAFIT Journal of International Law
January - June 2012