

July - December 2013  
Colombia  
ISSN 2216-0965



**EAFIT**  
Journal of International Law

**02**  
.....  
**Vol. 4**





**JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**  
02 | Volume 4 | July - December 2013  
Colombia  
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](http://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](mailto:ejil@eafit.edu.co)

# Contents

## **5** EDITORIAL

Rafael Tamayo Franco

## **7** EL VALOR DEL ACUERDO ACUÍFERO GUARANÍ COMO IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS TRANSFRONTERIZAS

MARTA R. VIGEVANO

## **30** INTEGRACIÓN ENERGÉTICA: UN PILAR EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL EN EL MARCO DE LA UNASUR Y EL ALBA

CAROLINA VELANDIA HERNÁNDEZ

## **47** SIMPLIFICACIÓN DE LAS NORMAS APLICABLES AL CONTRATO DE SOCIEDAD. EL CASO DE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA EN EL MERCOSUR

NORMA NIETO NIETO

## **65** EL RECONOCIMIENTO DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO MEXICANO. ¿REALIDAD O UTOPIA?

ELÍ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

## **84** ANÁLISIS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MEXICANO POR LOS CRIMENES CONTRA MUJERES EN CIUDAD JUÁREZ EN BASE AL ASUNTO DE LA CIDH “CAMPO ALGODONERO”

Gloria Fernández Arribas

## **98** ORGANIZATION OF AMERICAN STATES: MOVING THE AMERICAS FORWARD? ANALYSIS OF SUCCESSES AND FAILURES OF THE OAS IN HUMAN RIGHTS, DEMOCRACY AND CONFLICT RESOLUTION

ANDRÉS ORDOÑEZ BUITRAGO

# Editorial

**Rafael Tamayo Franco**  
**Ph.D-LLM**

Coordinador del Área de  
Derecho Internacional.

Escuela de Derecho  
Universidad EAFIT

Email:rtamayo1@eafit.edu.co

La Universidad EAFIT (Medellín, Colombia) es una universidad abierta al mundo. *El EAFIT Journal of International Law*, celebra en este número su cercanía con la Universidad Autónoma de México y la Universidad de Querétaro (México). Entre el 18 y 19 de septiembre de 2013 se celebró en estas universidades el Seminario Permanente del Anuario Mexicano de Derecho Internacional, la presente edición ha decidido publicar una selección de los artículos más rigurosos de las ponencias realizadas en este evento. En ellos se presentan y analizan temas de derecho internacional de particular relevancia para América Latina.

Los acontecimientos actuales del sistema internacional reflejan grandes problemáticas en relaciones y derecho internacional, el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas ha sido duramente cuestionado por su capacidad de acción en los conflictos en el Medio Oriente de este semestre. El uso de armas prohibidas por el derecho internacional, la violación sistemática de derechos humanos y derecho internacional humanitario y la sutil balanza entre derecho y política, son algunos de los temas más analizados en los medios de comunicación. Sin embargo, no debemos perder de vista las dinámicas internacionales de nuestra región, por ello los artículos de esta edición están todos dedicados a las Américas y en particular al sur del continente americano.

En este contexto, el acuífero guaraní es el tema del primer artículo de esta edición donde la experimentada profesora Marta Vigevano nos presenta impresionantes consideraciones de derecho internacional ambiental. Las realidades de UNASUR y el ALBA son el objeto de estudio de las profesoras Carolina Velandia y Norma Nieto en dos artículos de hondo calado investigativo. El profesor Elí Rodríguez hace una completa exposición del reconocimiento de los ordenamientos jurídicos indígenas en el derecho internacional con base en su experiencia y conocimiento en México. La profesora Gloria Fernandez analiza el

caso “Campo algodnero” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el joven Andres Ordoñez realiza un análisis denso del rol de la Organización de los Estados Americanos en la protección de los Derechos Humanos, la democracia y la solución de controversias. Todos estos son temas variados que se abordan desde diversas ópticas, pero que tienen en común ser determinantes en los avances o retrocesos del derecho internacional en Latinoamérica.

Esta nueva edición continúa con la internacionalidad de nuestro *journal*, tanto por la diversidad de nacionalidades de sus autores (Argentina, Colombia, España y México) como por los asuntos en que profundizan sus artículos. Estamos convencidos que los lectores quedaran sorprendidos de la cantidad y calidad de la información académica de las siguientes páginas. Muy buena lectura.



# EL VALOR DEL ACUERDO ACUÍFERO GUARANÍ COMO IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS TRANSFRONTERIZAS A LA CONTROVERSIA TERRITORIAL Y MARÍTIMA

---

THE VALUE OF THE GUARANI AQUIFER AGREEMENT AS EFFECTIVE IMPLEMENTATION  
OF THE OF TRANSBOUNDARY GROUNDWATER PROTECTION

---

✉ Por: Marta R. Vigevano<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2013  
Fecha de aceptación: 5 de noviembre de 2013

## **Resumen**

*El recurso agua es esencial tanto para el desarrollo económico como para el mantenimiento de los sistemas naturales. Teniendo en cuenta que las aguas superficiales tanto como las subterráneas constituyen un todo interdependiente y que la degradación de unas provoca inevitablemente el deterioro de las otras, su protección y regulación no puede sino encararse a través de políticas de gestión integradas. Las aguas subterráneas -que representan un 95% del volumen total del agua dulce disponible en el planeta- son un recurso vital para la humanidad. El Acuífero Guaraní es uno de los más extensos reservorios de agua dulce subterránea del planeta, ubicado al Sudeste de América del Sur y se encuentra bajo la superficie del territorio de los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. La importancia de este recurso desde un punto de vista ambiental, económico, político y social para los Estados que lo comparten, fue el punto de partida para la construcción conjunta de una estructura operacional que permitió implementar un marco institucional, técnico y legal común para el manejo y preservación del Acuífero Guaraní.*

---

<sup>1</sup> Marta R. Vigevano, Profesora Adjunta Regular de Derecho Internacional Público e Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. [martavigevano@derecho.uba.ar](mailto:martavigevano@derecho.uba.ar)

***Palabras claves:***

*Aguas subterráneas, desarrollo sustentable, vulnerabilidad, Acuerdo Acuífero Guaraní*

***Abstract***

*Water resources are essential to both economic development and the maintenance of natural systems. The interdependence of surface water and groundwater are very close and the degradation of each-one, inevitably causes a deterioration of the other, that's why the protection and regulation can only addressed through integrated management policies. Groundwater, which represent 95% of the total volumen of the sweet water in the planet, are a vital resource for humanity. The Guarani Aquifer constitutes one of the largest reservoirs of groundwater in the world, located in the southeast of South America and underlies in some areas of Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay. The importance of this resource from an environmental, economic, political and social standpoint for the States sharing it, it was the starting point for the joint construction of an operational structure that allowed implement an institutional, technical and legal common framework for the management and the preservation of the Guarani Aquifer.*

***Key Word:***

*Groundwater, sustainable development, vulnerability, Guarani Aquifer Agreement*



## Introducción

Los Estados que comparten las aguas subterráneas del Acuífero Guaraní han desarrollado estructuras normativas nacionales que regulan la gestión y protección de las aguas subterráneas. Si bien las legislaciones nacionales no son idénticas en cuanto a su contenido e implementación, poseen principios comunes que permiten una compatibilización de las medidas de protección y una convergencia de objetivos en el ámbito regional.

Es interés de este trabajo en una primera instancia desarrollar la evolución del tratamiento de las aguas subterráneas internacionales transfronterizas a la luz del hard law y del soft law, luego constatar la recepción de esas reglas en el ámbito nacional y regional de los cuatros Estados que comparten el Acuífero Guaraní y por último analizar el tratado firmado por ellos, denominado Acuerdo Acuífero Guaraní (2010), con el fin de destacar la interrelación sistémica entre las normativas nacionales y la normativa internacional con relación a la protección de este acuífero fronterizo.

## Situación estratégica de las aguas subterráneas

### 1. Evolución normativa (*hard law* y *soft law*)

Una de las primeras oportunidades que se dispensa un tratamiento de carácter internacional a las aguas subterráneas fue en las Reglas de Helsinki, en el año 1966, formuladas por la *International Law Association*.<sup>2</sup> En esa oportunidad se crea un comité para el tratamiento de recursos hídricos compartidos y aguas subterráneas. En las Reglas de Helsinki se elabora el concepto de cuenca hidrográfica internacional donde se plasma el reconocimiento de los intereses de todos los Estados que comparten una cuenca y la necesidad de un uso razonable y equitativo.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente realizada en Estocolmo en el año 1972, introdujo el principio de la dimensión ambiental como límite para el crecimiento económico y uso de los recursos naturales. Si bien, en esta circunstancia, no se define de manera precisa el término medio ambiente, su concepto está estrechamente ligado al valor humano.<sup>3</sup> Como resultado de esta Conferencia se adoptó la Declaración que contiene 26 principios y un Plan de Acción con numerosas recomendaciones, destacándose el denominado Principio 21.<sup>4</sup> En aplicación del Plan de Acción, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) crea el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

2 La *International Law Association* es una organización internacional fundada en Bruselas en 1873, destinada al “desarrollo, clarificación y estudio del derecho internacional, público como privado, y al fomento, comprensión y respeto del derecho internacional”.

3 A. Kiss et J.D. Sicault, “La Conférence des Nations Unies sur l’environnement”, en *Annuaire Français de Droit International*, 1974, pp. 603-628.

4 El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo dice: *De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.*





(PNUMA). El Consejo de Administración del PNUMA redactó, en el año 1978, los Principios de conducta en el campo del medio ambiente y la Carta mundial de la naturaleza.<sup>5</sup> En esta Carta se proclama que para que el hombre mantenga el equilibrio, la conservación y la calidad de los recursos es necesario que: “Estos principios de conservación se aplicarán a todas las partes de la superficie terrestre, tanto en la tierra como en el mar; se concederá protección especial a aquellas de carácter singular, a los ejemplares representativos de todos los diferentes tipos de ecosistemas y a los hábitat de las especies o en peligro” (Principio 3) y “se reaprovecharán o reciclarán tras su uso los recursos no fungibles, incluidos los hídricos” (Principio 10).

Con posterioridad en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua -Mar del Plata, 1977- se establecen principios sobre la evaluación y los usos de los recursos hídricos desde un punto de vista sistémico, el término recursos hídricos compartidos se aplica tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas.

En el año 1983, a instancias de la Asamblea General de la ONU se crea la Comisión mundial del medio ambiente y desarrollo, conocida también con el nombre de Comisión *Bruntland*<sup>6</sup>. Uno de los objetivos fundamentales de la Comisión fue examinar los temas críticos de desarrollo y medio ambiente y formular propuestas realistas al respecto. Resultado de esta labor fue la elaboración del informe denominado “Nuestro Futuro Común”<sup>7</sup> y un programa para lograrlo -publicado en 1987- en el cual se destaca, a través de la adopción de acciones políticas, la necesidad del adecuado manejo de los recursos ambientales para garantizar el progreso humano sostenible y la supervivencia del hombre en el planeta. En el informe se pone de relieve la necesidad de comprender que la crisis ecológica es única y universal y define el término desarrollo sostenible como “un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”.

La Declaración de Seúl de 1986, emanada de la *International Law Assosiation*, fue la culminación del proceso iniciado con las Reglas de Helsinki, en la cual se reafirma la aplicación de los principios que rigen las aguas superficiales, a las aguas subterráneas.

La Conferencia Internacional sobre el Agua en Dublín<sup>8</sup> en el año 1992, establece que la gestión de los recursos hídricos comprende la preservación de las aguas subterráneas. El agua tiene un valor económico en todos los usos a aplicarse.

5 Carta Mundial de la Naturaleza, A/RES/37/7, 48º, sesión plenaria, 28 de octubre de 1986 [en línea] disponible en <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/37/list37.html>, consulta: 8 de julio 2013.

6 La Comisión llevó el nombre de su Presidente, la Primer Ministro de Noruega, Gro Harlem Bruntland.

7 Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, [en línea] disponible en <http://www.un.org/depts/dhl/spanish/resguids/specenvsp.htm>, consulta: 9 de julio de 2013

8 Miguel Solanes, “Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los principios de Dublín” en: *Revista de la CEPAL*, n° 4, 1998, pp. 165-185.



La Cumbre para la Tierra realizada en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, en 1992, consagra en su Capítulo 18 de la Agenda 21<sup>9</sup> que la protección del medio ambiente y el desarrollo social y económico son necesarios para el desarrollo sostenible y el principio que el agua dulce es un recurso indivisible. La interacción de los sistemas de agua dulce exige una ordenación global, teniendo en cuenta la cuenca hidrográfica. Por lo tanto la protección de las aguas subterráneas es parte imprescindible de la organización de esos recursos.

Para desarrollar los principios adoptados en la Cumbre de la Tierra, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU creó en el año 1993 la Comisión para el Desarrollo Sostenible (CDS) cuya principal misión es fomentar, coordinar y controlar para informar al ECOSOC de todas las medidas que se lleven a la práctica para implementar la Agenda 21 en el sistema de la ONU.

En la Sesión de la CDS, del 20 de abril al 1o de mayo de 1998, se trataron los principales problemas en torno al agua dulce. El resultado de esta labor se tradujo en un documento que incluía una serie de recomendaciones sobre los criterios estratégicos para la ordenación de los usos de agua dulce instando a los gobiernos de los Estados a considerar que:

- El agua es un bien económico y social. La ordenación de los recursos hídricos debe integrarse a la economía nacional, teniendo en cuenta que el agua es vital para la satisfacción de las necesidades humanas básicas, la seguridad alimentaria y la mitigación de la pobreza
- Se debe fijar una política hidrológica nacional y transnacional basada en un enfoque integrado de la planificación, la distribución, el aprovechamiento y la ordenación de los recursos de aguas dulce de las cuencas hidrográficas y de los acuíferos.
- La regulación de los recursos hídricos debe basarse en los principios de la equidad y el buen aprovechamiento a los efectos de promover el desarrollo sostenible
- En el ámbito local y en el nacional se debe fortalecer la capacidad institucional y fomentar la utilización de tecnologías y conocimientos autóctonos para lograr un criterio integrado.
- Se deben emprender actividades de investigación, reunión y difusión de datos como base para la implementación de políticas en materia de planificación e inversión de los recursos de agua dulce.
- Se debe fomentar la conservación del agua dulce y de los ecosistemas con ella relacionados dentro del marco de las cuencas hidrográficas y los sistemas acuíferos. Para ello es necesario establecer una interacción entre las actividades de los seres humanos y el funcionamiento ecológico de los sistemas de agua dulce.
- Es necesario velar por el saneamiento ambiental del agua dulce como forma de prevención de enfermedades.

9 United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992

AGENDA 21, [en línea], disponible en: [www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21](http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21), consulta: 10 de julio de 2013.



- Se debe propiciar la asociación entre organizaciones públicas, privadas, organizaciones no gubernamentales., especialistas y técnicos en la materia y la comunidad de base para aplicar políticas que expresen un criterio integrado de ordenación de los recursos hídricos.
- La elaboración de instrumentos legales nacionales y la cooperación internacional en apoyo a las medidas nacionales y entre Estados que comparten recursos hídricos son básicos para lograr el desarrollo sostenible.<sup>10</sup>

Siguiendo con la política de protección de los recursos hídricos, en el año 2002, se realiza la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible (Río +10) llevada a cabo en Johannesburgo<sup>11</sup> en la cual se recomienda la utilización eficiente de los recursos hídricos. Para ello debe protegerse el ecosistema introduciendo tecnologías de saneamiento y tratamiento de aguas industriales y domésticas con el objeto de mitigar los efectos de la contaminación del agua subterránea. Se consagra también la necesidad de elaborar estrategias para el tratamiento integrado de los ríos, cuencas hidrográficas y aguas subterráneas. En esta cumbre se adoptó un Plan de Aplicación de la Cumbre. Una de las directivas básicas de este plan se basa en el desarrollo del Manejo Integrado de los Recursos Hídricos. Este manejo integrado promueve el desarrollo coordinado del agua (superficial y subterránea), la tierra y los recursos relacionados con el fin de maximizar los beneficios sociales y económicos de manera equitativa sin comprometer la sustentabilidad de los recursos.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI), cumpliendo un mandato de la Asamblea General de la ONU elaboró la *Convención sobre los cursos de agua para fines distintos de la navegación* (1997) en cuyo artículo 2 define la noción de curso de agua de la siguiente manera: “por curso de agua se entenderá un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común”.

En el año 2004, la ILA adopta las *Reglas de Berlín sobre los Recursos Hídricos*<sup>12</sup> completando de esta forma las *Reglas de Helsinki* (1966) donde se dedica todo un capítulo a los acuíferos transfronterizos.

## 1.2. Proyecto sobre el Derecho los Acuíferos Transfronterizos adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su 63° periodo de sesiones adoptó por consenso la Resolución A/RES/63/124 13 sobre acuíferos transfronterizos. El contenido

10 Criterios estratégicos para la ordenación de los recursos de agua dulce, ECOSOCOR, Sexto período de sesiones, UN Doc. E/CN.17/1998/2/Add.1, p.2.

11 Cumbre de Johannesburgo 2002, [en línea], disponible en: <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/>, consulta: 2 de agosto 2013.

12 International Law Association, Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 2004, pp. 334-421.

13 *El derecho de los acuíferos transfronterizos A/RES/63/124*, Sexagésimo tercer período de sesiones, 11 de diciembre de 2008, [en línea] disponible en: <http://www.un.org/en/ga/63/resolutions.shtml>, consulta: 18 de agosto de 2013.



de esa Resolución es el fruto de la labor de la CDI junto a los hidrogeólogos del Programa Hidrológico Internacional (PHI) de la UNESCO.<sup>14</sup> Este Proyecto de la CDI relativo a los recursos hídricos transfronterizos ha sido estructurado bajo la forma de una convención, que a futuro deberá ser sometida a los Estados para su aprobación o en su defecto para ser adoptada como una Declaración. El Proyecto consta de: I) Introducción, II) Principios Generales, III) Protección, preservación y gestión, y IV) Disposiciones diversas. En el Proyecto se define a los acuíferos como una formación geológica permeable (compuesta por roca, grava y arena) portadora de agua. La CDI indica que se requiere que contenga “actualmente” agua tanto en las partes saturadas como en las no saturadas, de lo que se infiere que si se ha vaciado deja de ser acuífero y cuando es llenado, por ejemplo, mediante la canalización de un río volvería a ser acuífero, además debe estar sustentada en una capa menos permeable, la CDI aclara que algunos acuíferos pueden tener una capa menos permeable arriba y que, en este caso, las aguas almacenadas se denominan aguas subterráneas confinadas porque no están sujetas únicamente a la presión atmosférica.<sup>15</sup> Los acuíferos transfronterizos deben ser utilizados de acuerdo a los principios de “utilización razonable” y de “utilización equitativa”. El principio de utilización razonable denominado también “utilización óptima” o “utilización sostenible” significa que el recurso natural debe ser explotado para obtener el máximo rendimiento posible sin que esto provoque un desequilibrio en la cantidad total del curso de agua. Es decir la extracción de agua de un acuífero no debe superar el volumen de recarga hídrica que posee el mismo, de manera que el caudal del acuífero se mantenga estable, preservándose de esa forma su función. Debe ser preservado y protegido de la contaminación como así mismo en época de guerra. Por otra parte se establece que cada Estado tiene soberanía sobre la parte del acuífero transfronterizo que se encuentre bajo su territorio.<sup>16</sup>

---

14 La CDI se abocó a la elaboración de un régimen jurídico para las aguas subterráneas en el año 2002, cuyo Relator Especial fue Chusei Yamada, y su labor finalizó con la presentación ante la Asamblea General del Proyecto sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos que consta de un Preámbulo y 19 artículos.

15 La Resolución 63/124 de la Asamblea General establece en su artículo 1: a) se entiende por “acuífero” una formación geológica permeable portadora de agua, situada sobre una capa menos permeable, y el agua contenida en la zona saturada de la formación; b) se entiende por “sistema acuífero” una serie de dos o más acuíferos que estén conectados hidráulicamente; c) se entiende por “acuífero transfronterizo” o “sistema acuífero transfronterizo”, respectivamente, un acuífero o sistema acuífero que tenga partes situadas en distintos Estados.

16 El primer informe de la CDI hacía referencia a las aguas transfronterizas como recursos naturales compartidos. Atento que para algunos Estados el término compartido podía presuponer una propiedad conjunta, el Proyecto optó por dejar de lado esa expresión y hacer especial hincapié en la soberanía que cada Estado tiene sobre la parte del recurso que está bajo su territorio. Ver A/CN.4/539, párr.2.



## 2. Sistema Acuífero Guaraní

### 2.1. Características hidrogeológicas del Acuífero Guaraní

El Acuífero Guaraní<sup>17</sup> es uno de los reservorios de agua dulce más importantes del mundo, con una reserva estimada entre 40.000 y 50.000 km<sup>3</sup>, volumen suficiente para abastecer a la población mundial actual durante unos doscientos años, a una tasa de cien litros/día por habitante.<sup>18</sup>

Desde el punto de vista hidrogeológico el Sistema Acuífero Guaraní (SAG) es un reservorio de aguas subterráneas ubicado al Sudeste de América del Sur, entre los 12° y 35° de latitud Sur y los 47° y 6° de longitud Oeste. Con anterioridad a ser reconocido como un sistema se lo identificaba de tres formas diferentes: formación Tacuarembó, en Uruguay y Argentina; formación Botucatu, en Brasil y formación Misiones en Paraguay.

El SAG se encuentra bajo la superficie del territorio de cuatro Estados: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay<sup>19</sup>, tiene una extensión aproximada de 1.200.000 km<sup>2</sup>, distribuyéndose aproximadamente 840.000 km<sup>2</sup> en Brasil<sup>20</sup>, 225.000 km<sup>2</sup> en Argentina<sup>21</sup>, 71.700 km<sup>2</sup> en Paraguay<sup>22</sup> y 58.500 km<sup>2</sup> en Uruguay<sup>23</sup>, y se ubica en dos cuencas estructuralmente independientes: la región central del Paraná y la región sudeste del Bajo Paraná, que a su vez forman parte de la Cuenca del Plata. El acuífero se encuentra conformado por un conjunto de rocas arenosas, que tienen una antigüedad entre 245.000.000 y 144.000.000 de años que datan de la época del Jurásico Superior y del Cretácico Inferior. Sus poros y fisuras se encuentran cubiertas de agua. Presenta profundidades que van desde 50 metros hasta 1800 metros. A medida que aumenta la profundidad, aumenta el confinamiento y la temperatura del agua se eleva hasta llegar a 400°C. Como parte de un sistema hidrogeológico, el agua de las precipitaciones ingresa al Acuífero directamente, o través de los ríos, lagos, arroyos, infiltrándose en las capas más profundas y constituyendo la recarga, que en este caso asciende a un volumen de 166 km<sup>3</sup>/año. Las reservas permanentes de agua del sistema Acuífero Guaraní, que se almacenan en poros y fisuras es de aproximadamente 45.000 km<sup>3</sup>.

17 Recibe este nombre ya que el territorio bajo el cual se encuentra el Acuífero fue en gran parte la tierra del pueblo originario sudamericano llamado la Nación Guaraní.

18 Jorge Néstor Santa Cruz, Sistema Acuífero Guaraní. El conocimiento hidrogeológico para su uso sostenible en Revista Ciencia Hoy, Vol.19, n° 112. Agosto-Septiembre 2009, [en línea], disponible en: <http://www.cienciahoy.org.ar/in/hoy112/>, consulta 20 de agosto de 2013.

19 Estos Estado, son también las partes originarias del Tratado de Asunción firmado el 26 de marzo de 1991, por el cual crea el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

20 Por debajo de los Estados de Mato Grosso, Mato Grosso Do Sul, Goias, Minas Gerais, Sao Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul.

21 Por debajo del territorio de las provincias de Misiones, Corrientes, Entre Ríos, Santa Fe, Chaco y Formosa

22 Por debajo del territorio de los departamentos de Amambay, Canindeyu, Alto Paraná, Itapúa, Misiones y Neembucú

23 Por debajo del territorio de los departamentos de Artigas, Salto, Rivera, Tacuarembó, Paysandú, Río Negro y Durazno.



Se han detectado sitios de descarga regional del Acuífero, en la sección intermedia del río Uruguay, en el sur del Brasil, y en los humedales Esteros de Iberá en el noreste de Argentina. La parte inferior del SAG, tiene un origen lacustre y fluvial y el agua subterránea es de menor calidad, aunque aún no se dispone de un estudio completo de las líneas de lujo del agua subterránea. La producción total del agua es de 1000 a 3000 mm<sup>3</sup>/año, concentrada la mayor parte en Brasil, distribuido el 80% para suministro urbano, el 15% para fines industriales y el 5% para usos turísticos. La población que se localiza en el área del SAG es de 15 millones de habitantes y si se consideran sus alrededores es de 70 millones. El país que más lo explota es Brasil, abasteciendo total o parcialmente entre 300 y 500 ciudades; Uruguay tiene aproximadamente 135 pozos de abastecimiento público de agua, algunos de los cuales se destinan a la explotación termal. En Paraguay se registran unos 200 pozos destinados principalmente al uso humano. En la Argentina hay en explotación perforaciones termales de agua dulce y una de agua salada, ubicadas en el sector oriental de la provincia de Entre Ríos.<sup>24</sup>

## 2.2. Marco de gestión y normativo del Sistema Acuífero Guaraní

La dimensión del Acuífero Guaraní, su valor económico y el riesgo de una explotación excesiva que conduzca a la contaminación y degradación de la calidad de sus aguas impulsó a los Estados que comparten sus aguas a elaborar un Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible Sistema Acuífero Guaraní<sup>25</sup> (PSAG) con la asistencia de la Unidad de Desarrollo Sostenible de Medio Ambiente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la asistencia económica del Banco Mundial a través del *Global Environment Facility* (GEF). Se contó también con el apoyo de la Agencia Internacional de Energía Atómica (OIEA) y el Servicio Geológico de Alemania y del Fondo de Cooperación del Gobierno del Reino de los Países Bajos.

En el marco del Proyecto, fue creado el Fondo de Universidades para apoyar a las Universidades de la región en la promoción de actividades de investigación y capacitación académica vinculadas a los aspectos ambientales y sociales del Sistema Acuífero Guaraní. Y su objetivo fue contribuir al aumento en el conocimiento del Sistema.<sup>26</sup> Cada Estado creó una Unidad Nacional para la fase de Preparación (UNPP).

24 Luiz Amore y Jorge Néstor Santa Cruz (Coordinación general del Fondo de Universidades), Acuífero Guaraní avances en el conocimiento para su gestión sustentable, Montevideo, 2006 p.11.

25 Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní, [en línea] disponible en: [www.sg-guarani.org](http://www.sg-guarani.org), consulta: 25 de agosto de 2013.

26 Las Universidades participantes fueron: Universidad Federal de Santa Maria /UFSM. Brasil; Universidad de la República / UdelaR. Uruguay; Universidad Nacional del Litoral / UNL. Argentina; Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires/ UNICEN. Argentina; Universidade do Vale do Rio dos Sinos / UNISINOS. Brasil; Universidade Federal do Paraná / UFPR. Brasil; Universidade de São Paulo / USP. Brasil; Universidad Tecnológica Nacional / UTN. Argentina; Universidad de Buenos Aires / UBA. Argentina; Universidade Federal de Minas Gerais / UFMG . Brasil; Universidade Federal do Mato Grosso / UFMT. Brasil; Universidad Católica de Santa Fe / UCSF. Argentina; Universidad Nacional de Asunción / UNA. Paraguay.



Los estudios técnico-científicos y otras actividades diversas fueron coordinadas y supervisadas por la OEA y la Secretaría General del PSAG. Este Proyecto que se desarrolló durante los años 2003-2009 tuvo como fundamento la cooperación de las partes intervinientes orientadas hacia el manejo sostenible de las aguas del Acuífero y sus objetivos básicos fueron:

- a. La expansión y consolidación del actual conocimiento
- b. La ejecución conjunta de un marco de gestión
- c. La participación pública mediante un sistema de información y marco institucional adecuado control y evaluación
- d. Medidas a tomar para manejar las fuentes de contaminación difusas
- e. Consideración del potencial para la utilización de la energía geotérmica limpia del SAG.

El marco de gestión del Proyecto se integró por el Consejo Superior de Dirección del Proyecto, organismo máximo de decisión en la fase de ejecución, conformado por tres representantes de cada país: Recursos Hídricos, Ministerio de Relaciones Exteriores y Medio Ambiente. La inserción de la sociedad civil en la gestión de los recursos hídricos fue asumida en el PSAG como orientación prioritaria de los cuatro países partícipes. Se concreta así la tendencia mundial de permitir que la opinión pública esté en el centro de la toma de decisiones respecto a la formulación y ejecución de iniciativas relacionadas al medio ambiente y los recursos naturales.<sup>27</sup>

Para la etapa de ejecución del PSAG se continuó con una estructura similar: Unidades Nacionales Ejecutivas que conforman el Consejo Superior de Decisión del Proyecto (CSDP), organismo máximo de decisión en la fase de ejecución. Se establece la Secretaría General con sede en Montevideo y los coordinadores nacionales de cada Estado (cada uno de ellos es el responsable de la Unidad Nacional) conformaron la coordinación colegiada que trabajaba con la Secretaría General y a su vez era el nexo con la OEA que cumplió siempre el rol de Agencia Ejecutora Internacional.

El PSAG desarrolló una función de investigación y prevención, identificando las situaciones locales actuales y las potenciales que pudieran tener efectos transfronterizos:

- a. Contaminación de los pozos de agua potable por el saneamiento inadecuado y el uso no planificado del suelo.
- b. Posibles impactos en los humedales y reducción de los flujos de los ríos como posible consecuencia de explotación potencial intensiva del agua subterránea para el riego agrícola.
- c. Impacto en la calidad de recarga del acuífero por los tipos y sistemas de cultivo
- d. Reducción del geotermalismo del acuífero a causa de la explotación no controlada de los pozos geotérmicos.

Todo este proceso no hubiese podido desarrollarse si no hubiese existido por parte de los

---

<sup>27</sup> OEA, Programa estratégico de acción. Proyecto Sistema Acuífero Guaraní. Símbolo de la unión y cooperación de cuatro países. Washington, 2009, pp.57-58.



Estados involucrados una voluntad política de observancia de normas contempladas en las legislaciones nacionales<sup>28</sup> y una voluntad concordante de plasmar, una serie de principios generales de protección ambiental en cuanto al uso y manejo sostenible de las aguas. Esto último se concretó en el Proyecto de Declaración de Principios Básicos y Líneas de Acción para el Sistema Acuífero Guaraní, aprobado en la reunión del Consejo Superior del Sistema Acuífero Guaraní que tuvo lugar en Brasilia el 24-25 de junio de 2004. Y dentro del marco regional es dable destacar que el Consejo del Mercado Común (MERCOSUR) decidió en la Reunión de Iguazú del 7 de Julio de 2004 crear el Grupo *Ad-hoc* de Alto Nivel Acuífero Guaraní, como foro auxiliar del Consejo de Mercado Común, con la misión de elaborar un Proyecto de Acuerdo de los Estados parte del MERCOSUR, en el cual se debían consagrar los principios que mejor garantizaran sus derechos sobre el Recurso de Aguas Subterráneas.<sup>29</sup>

Asimismo los cuatro Estados a través de acuerdo bilaterales y regionales, desde años anteriores, contaban con marco normativo convencional<sup>30</sup> que si bien no regulaba las aguas subterráneas, si estableció el compromiso de la gestión sostenible de los recursos hídricos compartidos.

### 2.3 Proyectos Pilotos

Para poder estudiar todas estas cuestiones de índole ambiental, hidrogeológica, socio-económicas y legales sobre situaciones concretas, se seleccionaron cuatro proyectos pilotos. Se definieron cuatro áreas: dos de ellas tienen la característica de ser transfronterizas y las otras dos son de carácter local.<sup>31</sup>

**Concordia (Argentina)-Salto (Uruguay):** El caso piloto Concordia – Salto se extiende en un área de 500 km<sup>2</sup> a ambos márgenes del Río Uruguay. Salto es una ciudad turística frecuentada por su balneario de aguas termales. En esta zona el Acuífero Guaraní se encuentra altamente confinado y a una profundidad de 800 metros y las aguas subterráneas tienen un marcado potencial geotérmico. El SAG no constituye una fuente significativa de agua potable. En este caso las principales vulnerabilidades del agua subterránea son:

- La interferencia hidráulica entre pozos vecinos en una zona relativamente pequeña, lo que reduce el flujo del agua subterránea y puede también disminuir la temperatura del agua subterránea.

28 En las normas nacionales de los cuatro Estados se establece que el agua debe ser regulada como parte de un único recurso, sean estas superficiales o subterráneas y se hace especial mención a los acuíferos. También coinciden en que el agua es un bien de dominio público y que la utilización racional e integrada de los recursos hídricos debe realizarse teniendo en cuenta el derecho al desarrollo sustentable

29 Mercosur/CMC/DEC N°25/04, 7 de julio de 2004.

30 Tratado de la Cuenca del Plata (1969); Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (1973); Tratado del Río Uruguay (1975); Tratado de Santa Cruz de la Sierra (1992); Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR (2004).

31 Stephen Foster, Karin Kemper, y Héctor Garduño, Brasil, Paraguay, Uruguay, Argentina:

Initiativa Para la Gestión Transfronteriza del Agua Subterránea en el Acuífero Guaraní, Banco Mundial, Colección de casos esquemáticos, Caso 9, Washington D.C, 2005, pp. 9-16.





- Riesgo de intrusión salina, proveniente del sur-sureste donde el SAG contiene agua termal con elevada salinidad de origen natural.

**Rivera (Uruguay)-Santana do Livramento (Brasil):** El proyecto piloto Rivera-Santana do Livramento comprende un área de 750 km<sup>2</sup> que se extiende entre la frontera de Uruguay y Brasil. Es una de las zonas más permeables del acuífero y las aguas subterráneas se encuentran a una profundidad entre 40 y 80 m. La principal actividad es la agricultura (maíz y cultivos intensivos de soja) y la ganadería (ganado vacuno y lanar). En el lado uruguayo hay una creciente producción forestal y de madera. El SAG abastece, para la ciudad de Rivera el 70% del suministro público de agua y el 100% para la ciudad de Santana.

El principal problema de la gestión del agua subterránea se asocia:

- Con la falta de alcantarillado, que genera una carga sustancial de aguas negras., sometiéndolo a al contaminación directa de los pozos negros o por corrientes contaminadas.
- Gran cantidad de desechos sólidos
- La infiltración al suelo de una variedad de efluentes industriales y la existencia de varias industrias con mantenimiento deficiente, representan serias amenazas a las aguas subterránea.

**Departamento de Itapúa, Paraguay:** Este proyecto abarca una zona de 800 km<sup>2</sup> en el sureste de Paraguay. Una parte del acuífero que se ubica en esta zona se encuentra a poca profundidad lo que ha permitido la realización de pozos que sirven esencialmente para la agricultura. Los aspectos de mayor importancia, en esta zona, con relación a la vulnerabilidad del acuífero son:

- La zona de recarga del SAG ha sufrido una gran deforestación transformándose en una zona de pastoreo.
- Transformación de zonas de pastoreo en zonas de agricultura intensiva de maíz y soja con presencia de grandes cantidades de fertilizantes y pesticidas.

**Ribeirão Preto, Brasil.** Comprende un área de 651 km<sup>2</sup>, ubicada en el noreste de San Pablo que incluye 137 km<sup>2</sup> del afloramiento del Acuífero Guaraní. La zona de Ribeirão Preto tiene una actividad agrícola importante (cultivos de caña de azúcar para alcohol destilado, café y naranjas. La ciudad también tiene una gran concentración industrial, con empresas de destilación del combustible de alcohol, de productos y servicios agro-industriales. Se han construido más de 1000 pozos. La calidad de agua subterránea es buena pero la cantidad extraída del SAG crece año a año provocando que la extracción exceda la recarga actual del acuífero y esto provoque la disminución del nivel freático. El consumo promedio de agua doméstica es muy alto y con perspectivas de aumento como consecuencia del crecimiento poblacional. Estas es una de las zonas de mayor vulnerabilidad a la contaminación provocada por:

- Pérdida del confinamiento del agua subterránea en algunos pozos



- Disminución del nivel freático
- Disminución de la productividad de los pozos a causa de haberse perdido las secciones superiores
- Algunos cursos de agua que antes eran efluentes son ahora afluentes, lo cual incrementa el riesgo de contaminar el agua subterránea

Uno de los objetivos fundamentales perseguidos, por una parte, a través de estos proyectos pilotos, ha sido el poder evaluar situaciones de riesgo con impacto significativo a nivel de contaminación en el Acuífero Guaraní y por otra lograr un modelo internacional de gestión coordinada del agua subterránea a los efectos de:

- Disminuir la contaminación del agua subterránea
- Resolver los conflictos que se puedan plantear
- Proteger las fuentes de suministro público del agua
- Controlar la interferencia hidráulica
- Obtener inversiones a través de planes de acción conjuntos.
- Optimizar los beneficios socioeconómicos y ambientales derivados del uso sostenible de las aguas del acuífero.<sup>32</sup>

### 3. Acuerdo Acuífero Guaraní

Como consecuencia de este proceso con relación al uso, la protección ambiental, la cooperación y el aprovechamiento de las aguas del Acuífero Guaraní, la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay firmaron el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní, el 2 de agosto de 2010 en la ciudad de San Juan, República Argentina.<sup>33</sup>

En los considerandos de este Acuerdo se destaca el espíritu de cooperación e integración que impera en las relaciones de los Estados contratantes, y se mencionan en especial la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales; la resolución 63/124 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos; los principios sobre protección de los recursos naturales y la responsabilidad soberana de los Estados en lo que se refiere a su aprovechamiento racional, de acuerdo a la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972; la necesidad de promover el desarrollo sustentable en beneficio de las generaciones presentes y futuras de conformidad con la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1992; las conclusiones de la Cumbre sobre Desarrollo Sostenible en las Américas, de Santa

32 Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Acuífero Guaraní. Informe Semestral de Actividades de la Secretaría General, período junio-diciembre 2004.

33 Fue aprobado en la 39ª Reunión del Consejo del Mercado Común, en el marco de la Cumbre de Jefes de Estado del Mercosur y Estados Asociados.



Cruz de la Sierra, 1996, y las conclusiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, 2002. También hace referencia a los progresos alcanzados respecto al desarrollo armónico de los recursos hídricos y a la integración física de conformidad a los objetivos del Tratado de la Cuenca del Plata y al proceso de integración fortalecido por el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, hecho en Asunción, 2001. Menciona el deseo de Ampliar los niveles de cooperación respecto a un mayor conocimiento científico sobre el Sistema Acuífero Guaraní y a la gestión responsable de sus recursos hídricos y los valiosos resultados del “Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní”.

En sus primeros artículos (Artículos 1 y 2) se establece la naturaleza jurídica del Acuífero precisando que es un recurso hídrico fronterizo que integra el dominio territorial soberano de los Estados Partes. Se consagra la obligación de promover la gestión, el monitoreo, el uso múltiple, racional, sustentable y equitativo de sus recursos hídricos (Artículos 3 y 4). Estas actividades deben realizarse de manera de evitar que se causen perjuicios sensibles a las otras Partes o al medio ambiente (Artículos 5, 6,7).

Las Partes procederán al intercambio adecuado de información técnica sobre estudios, actividades y obras que contemplen el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del Sistema Acuífero Guaraní. Si alguna de esas actividades pudiese causar un perjuicio sensible a una parte, debe realizarse un análisis común y llegar a una solución equitativa basándose en el principio de buena fe (Artículos 8,9,10,11,12)

Se acuerda en este Tratado la creación de un órgano denominado la Comisión -integrada por las cuatro Partes- para el cumplimiento de los principios y objetivos de este Acuerdo que establecerá su propio reglamento (Artículo 15).

Se establece un mecanismo de solución de controversias, en primer lugar se realizarán negociaciones directas y de no llegar a una solución, de común acuerdo, las Partes pueden someter el diferendo ante la Comisión y solicitar que este órgano realice recomendaciones. De no poder solucionarse la controversia se puede recurrir a un procedimiento arbitral que será establecido en un protocolo adicional (Artículos 16, 17, 18,19). Este Tratado no admite reservas y su duración es ilimitada.

Debemos mencionar que este Acuerdo aún no está en vigor pues no lo han ratificado todos los Estados parte, pero el mismo puede considerarse como un punto de partida de un proceso sinérgico entre normas nacionales, regionales e internacionales tendientes a consolidar un sistema jurídico regulatorio que vincule de manera equitativa cuestiones esenciales como la soberanía, el uso, la cooperación y la protección ambiental de los recursos hídricos transfronterizos. Su valor también radica en que se basa en un cuerpo de normas de *hard law* y *soft law* del derecho internacional e incorpora ciertas prácticas regionales que podrían ser consideradas como un elemento fundamental en la formación de una costumbre ambiental entre los cuatro Estados, ejemplo de esto último es el Proyecto para la Protección Ambiental y el Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní.



## Conclusión

Hemos de resaltar la importancia que reviste para la población mundial el acceso al agua como medio de desarrollo. La utilización de las aguas subterráneas debe hacerse teniendo en cuenta tres aspectos esenciales: la disponibilidad, la demanda y la calidad. Ello sólo puede realizarse a través de políticas de integración y administración de los distintos usos del agua que interesan a cada sector de la sociedad.

Para lograr una utilización sustentable de las aguas superficiales y subterráneas, en especial aquellas que tienen un carácter transfronterizo como los acuíferos es necesario implementar medidas, que paulatinamente sean incorporadas a cuerpos normativos internos y compatibilizarlas con las internacionales, de manera de optimizar el uso del recurso y en especial reducir la contaminación.

La gestión de administración que están desarrollando los Estados involucrados en el Sistema Acuífero Guaraní demuestra la importancia de crear estrategias regionales de gestión de aguas para la explotación eficiente y sustentable de las aguas subterráneas.

El acuerdo sobre el Acuífero Guaraní es un claro ejemplo de la voluntad de los Estados de avanzar en la cooperación y el logro de la compatibilización de los intereses nacionales hacia un interés común para crear un marco regulatorio de protección y un uso sustentable del recurso hídrico. Establecer a través de normas jurídicas consensuadas entre los Estados conductas adecuadas para la gestión y el uso de este recurso es una forma de prevenir y revertir futuras crisis del agua en el ámbito del MERCOSUR.



## Bibliografía

- Barberis, Julio, *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1979.
- Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*, 2ª. ed., Buenos Aires, Víctor P. De Zavalía, 2008.
- Beaugé, M.F., “La necesidad de cooperación e integración en la protección de los acuíferos transfronterizos” en: *Cuadernos de Política exterior*, n° 102, Centro de Estudios en Relaciones Internacionales de Rosario (CERIR), 2010.
- Boissons de Chauzournes, Florence, “Le droit international et la promotion des intérêts collectifs: à propos de la protection de l’environnement global” en *Publications de la revue Marocain d’administration locale et de developpement*, n° 48, Marrakech, 2004.
- Dmas de Clement, Z., “Principio de soberanía estatal en el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní y en el Proyecto de la CDI sobre Acuíferos Transfronterizos”, 2011, [en línea], disponible en: [www.unc.edu.ar](http://www.unc.edu.ar), consulta 2 de setiembre de 2013.
- Estrada Oyuela, Raúl A., *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*, A-Z, Buenos Aires, 1993.
- Fitzmaurice, Gerald, “The General Principles of International Law” en *Recueil des Cours II*, Academie de Droit International de la Haya, La Haya, 1957.
- Foster, S., e Hirata R., *Groundwater pollution risk assessment a methodology using available data*, WHO-PAHO/HPE-CEPIS Technical Manual, Lima, 1988.
- Healh, Ralph, *Basic Groundwater Hydrology*, 1983, [en línea], disponible en: [www.http://pubs.er.usgs.gov/pubs/wsp/wsp2220](http://pubs.er.usgs.gov/pubs/wsp/wsp2220), consulta 12 de agosto 2013.
- Hirata, R. y Antonio REBOUÇAS, A., “La protección de los recursos hídricos subterráneos una visión integrada, basada en perímetros de protección de pozos y vulnerabilidad de acuíferos” en *Boletín Geológico Minero de España*, N°110, 1999.
- López, Hernán; “La regulación del desarrollo sustentable en el Derecho Internacional y el Derecho Comparado: el fin del Derecho Ambiental y el nacimiento del Derecho de la Sustentabilidad”, en *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2000,
- Mbengue, M., “Towards a Precautionay International Law: About Uncertainty, Intedependence and anticipation in Global Environment Governanace”, IHDP Newsletter, n° 2, 2004, [en línea], disponible en: <http://www.ihdp.unu.edu/file/get/7184>, consulta 28 de agosto de 2013.



Nanni, Marcella et al., *Legislación y Disposiciones Reglamentarias Sobre Agua Subterránea desde reglas consuetudinarias hasta la planeación integrada en cuencas*, serie Notas Informativas N° 4, Banco Mundial, Washington DC, 2002.

Rey Caro, Ernesto J., “La codificación del derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación”, en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación – Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994.

-----, “El Acuífero Guaraní y el MERCOSUR” en: *Cuaderno de Derecho Ambiental*, Academia De Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Número II, 2010.

Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Manchester and New York, Manchester University Press, 1995.

Santa Cruz, Jorge N., “Acuíferos transfronterizos: los conceptos “equitativo y razonable” aplicados hidrogeológicamente al Acuífero Guaraní” en Alvaro A. Sanchez Bravo, ed, *Agua y Derechos Humanos*, Sevilla, Arcibel, 2012.

Solanes, Miguel, “Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los principios de Dublín” en *Revista de la CEPAL*, N°4, 1998.

UNESCO, *Marco Legal e Institucional en la Gestión de los Sistemas Acuíferos Transfronterizos en las Américas*, Serie ISARM Américas No 2, Montevideo/Washington DC, 2008, [en línea], disponible en: [http://www.isarm.org/dynamics/modules/SFIL0100/view.php?fil\\_Id=229](http://www.isarm.org/dynamics/modules/SFIL0100/view.php?fil_Id=229), consulta: 1° de agosto 2013.

UNESCO/OEA-ISARM-Américas, *Acuíferos transfronterizos de las Américas*, VII Taller de Coordinación, Quito-Ecuador, 24-25 setiembre 2009, Informe Final, Washington DC, 2010.

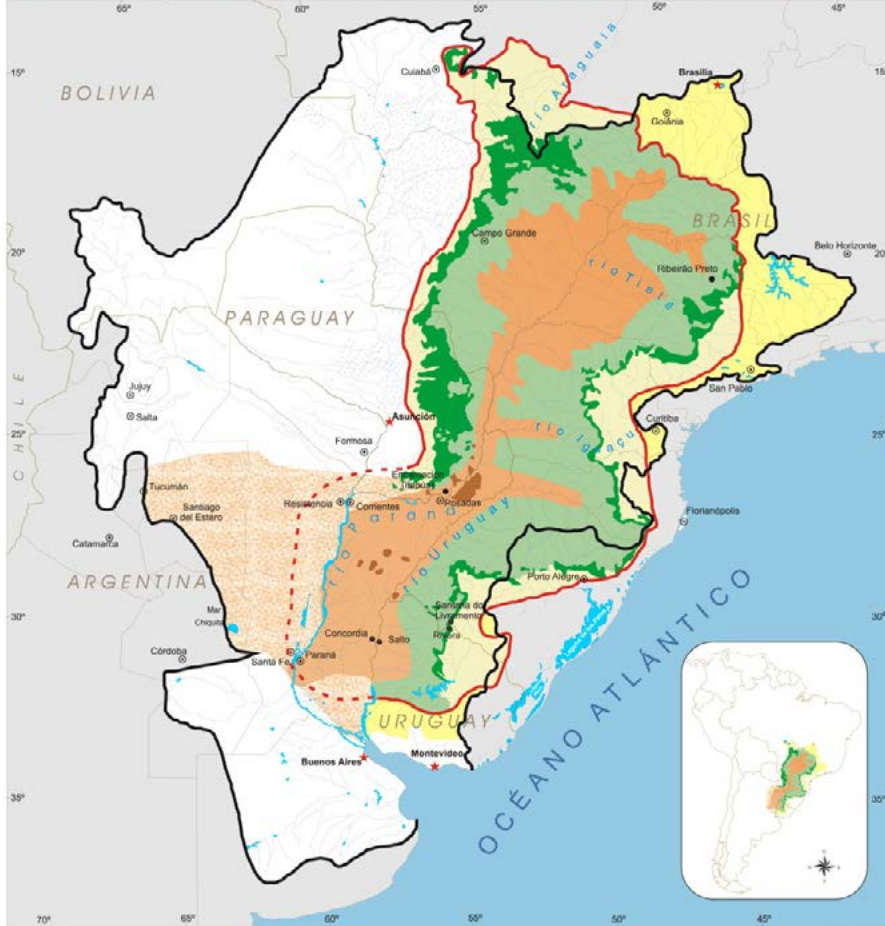
Valls, M.F., *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

Yamada, Chusei, *Tercer informe sobre recursos naturales compartidos: aguas subterráneas transfronterizas*, Doc. ONU. A/CN.4/551, p. 20, 2004.



Anexo I

**MAPA ESQUEMÁTICO DEL SISTEMA ACUÍFERO GUARANÍ**



**LEYENDA**

<ul style="list-style-type: none"> <li>□ Drenajes no relacionadas al sistema</li> <li>■ Áreas potenciales de recarga indirecta             <ul style="list-style-type: none"> <li>● a partir del drenaje superficial</li> <li>● a partir del flujo subterráneo</li> </ul> </li> <li>■ Áreas potenciales de recarga directa             <ul style="list-style-type: none"> <li>● régimen poroso: afloramiento del Guarani</li> <li>● régimen fracturado/poroso: basaltos y areniscas</li> </ul> </li> <li>■ Áreas potenciales de descarga             <ul style="list-style-type: none"> <li>● fracturado/poroso: régimen en basaltos y areniscas</li> <li>● régimen poroso: afloramiento del Guarani</li> <li>● fracturado/poroso: relación con el Guarani a definir</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>~ Límite de la Cuenca hidrográfica del Plata</li> <li>~ Límite de la Cuenca sedimentaria del Paraná</li> <li>~ Límite de la Cuenca del Paraná a definir</li> <li>~ Rios</li> <li>~ Humedales</li> <li>~ Límite político de País</li> <li>~ Límite político de Estados/Provincias</li> <li>● Ciudades (Áreas críticas en estudio)</li> <li>● Capitales Estados/Provincias</li> <li>★ Capital de los Países</li> </ul>	<p><b>Mapa elaborado por la CAS/SRH/MMA (UNPP/Brasil) en junio de 2001, aprobado por el Consejo Superior de Preparación del Proyecto en julio de 2001 y adaptado por la Agencia Nacional de Agua (ANA) de Brasil en marzo de 2003.</b></p> <p><b>Fuentes:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Mapa Hidrogeológico de America del Sur, 1996, DNP/CPRM/Unesco.</li> <li>● Mapa Hidrogeológico del Acuífero Guarani, 1999, Campos H.C.</li> <li>● Mapa de Integración Geológica de la Cuenca del Plata, 1998, MERCOSUR/SGT2.</li> <li>● Mapa de Integración Hidrogeológica de la Cuenca del Plata, en elaboración, MERCOSUR/SGT2.</li> <li>● Mapa Geológico del Brasil, 2ª Ed., 1995, MME/DNPM.</li> <li>● Mapa Geológico de la Cuenca del Río de la Plata, 1970, OEA.</li> </ul>
---	---	---

0 100 200 300 km



## Anexo II

### **Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní (Firmado el 2 de agosto de 2010 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay)**

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay,

Animados por el espíritu de cooperación y de integración que preside sus relaciones y con el propósito de ampliar el alcance de sus acciones concertadas para la conservación y aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos transfronterizos del Sistema Acuífero Guaraní, que se encuentra localizado en sus territorios;

Teniendo en cuenta la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales;

Teniendo en cuenta, asimismo, la resolución 63/124 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos;

Teniendo presente los principios sobre protección de los recursos naturales y la responsabilidad soberana de los Estados en lo que se refiere a su aprovechamiento racional, como expresa en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972;

Conscientes de la responsabilidad de promover el desarrollo sustentable en beneficio de las generaciones presentes y futuras de conformidad con la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1992;

Tomando en cuenta las conclusiones de la Cumbre sobre Desarrollo Sostenible en las Américas, de Santa Cruz de la Sierra, 1996, y las conclusiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, 2002;

Considerando los progresos alcanzados respecto al desarrollo armónico de los recursos hídricos y a la integración física de conformidad a los objetivos del Tratado de la Cuenca del Plata, hecho en Brasilia, 1969;

Apoyados en el proceso de integración fortalecido por el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, hecho en Asunción, 2001;

Motivados por el deseo de Ampliar los niveles de cooperación respecto a un mayor conocimiento científico sobre el Sistema Acuífero Guaraní y a la gestión responsable de sus recursos hídricos;

Teniendo presente los valiosos resultados del “Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní”,

Han convenido lo siguiente:

#### **Artículo 1**

El Sistema Acuífero Guaraní es un recurso hídrico transfronterizo que integra el dominio territorial soberano de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, que son los únicos titulares de ese recurso y en adelante serán denominados “Partes”.



**Artículo 2**

Cada Parte ejerce el dominio territorial soberano sobre sus respectivas porciones del Sistema Acuífero Guaraní, de acuerdo con sus disposiciones constitucionales y legales y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

**Artículo 3**

Las Partes ejercen en sus respectivos territorios el derecho soberano de promover la gestión, el monitoreo y el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del Sistema Acuífero Guaraní, y utilizarán dichos recursos sobre la base de criterios de uso racional y sustentable, respetando la obligación de no causar perjuicio sensible a las demás Partes ni al medio ambiente.

**Artículo 4**

Las Partes promoverán la conservación y la protección ambiental del Sistema Acuífero Guaraní de manera de asegurar el uso múltiple, racional, sustentable y equitativo de sus recursos hídricos.

**Artículo 5**

Cuando las Partes se propongan emprender estudios, actividades u obras relacionadas con las partes del Sistema Acuífero Guaraní que se encuentren localizadas en sus respectivos territorios y que puedan tener efectos más allá de sus respectivas fronteras deberán actuar de conformidad con los principios y normas de derecho internacional aplicables.

**Artículo 6**

Las Partes que realicen actividades u obras de aprovechamiento y explotación del recurso hídrico del Sistema Acuífero Guaraní en sus respectivos territorios, adoptarán todas las medidas necesarias para evitar que se causen perjuicios sensibles a las otras Partes o al medio ambiente.

**Artículo 7**

Cuando se cause perjuicio sensible a otra u otras Partes o al medio ambiente, la Parte cuyo uso lo cause deberá adoptar todas las medidas necesarias para eliminar o reducir el perjuicio.

**Artículo 8**

Las Partes procederán al intercambio adecuado de información técnica sobre estudios, actividades y obras que contemplen el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del Sistema Acuífero Guaraní.

**Artículo 9**

Cada Parte deberá informar a las otras Partes de todas las actividades y obras a que se refiere el Artículo anterior que se proponga ejecutar o autorizar en su territorio que puedan tener efectos en el Sistema Acuífero Guaraní más allá de sus fronteras. La información irá acompañada de los datos técnicos disponibles, incluidos los resultados de una evaluación de



los efectos ambientales, para que las Partes a las que se haga llegar la información puedan evaluar los posibles efectos de dichas actividades y obras.

### **Artículo 10**

1. La Parte que considere que una actividad u obra, a que se refiere el Artículo 8, que se proponga autorizar o ejecutar otra Parte, puede, a su juicio, ocasionarle un perjuicio sensible, podrá solicitar a esa Parte que le transmita los datos técnicos disponibles, incluidos los resultados de una evaluación de los efectos ambientales.
2. Cada Parte facilitará los datos y la información adecuada que le sean requeridos por otra u otras Partes con respecto a actividades y obras proyectadas en su respectivo territorio y que puedan tener efectos más allá de sus fronteras.

### **Artículo 11**

1. Si la Parte que recibe la información facilitada en los términos del numeral 1 del Artículo 10 llegar a la conclusión de que la ejecución de las actividades u obras proyectadas le pueden causar perjuicio sensible, indicará sus conclusiones a la otra Parte con una exposición documentada de las razones en que ellas se fundan.
2. En este caso, las dos Partes analizarán la cuestión para llegar, de común acuerdo y en el plazo más breve posible, compatible con la naturaleza del perjuicio sensible y su análisis, a una solución equitativa sobre la base del principio de buena fe, y teniendo cada Parte en cuenta los derechos y los legítimos intereses de la otra Parte.
3. La Parte que proporciona la información no ejecutará ni permitirá la ejecución de actividades u obras proyectadas, siempre que la Parte receptora le demuestre prima facie que estas actividades u obras proyectadas le causarán un perjuicio sensible en su espacio territorial o su medio ambiente. En este caso, la Parte que pretende realizar las actividades u obras se abstendrá de iniciar o de seguirlas mientras duran las consultas y negociaciones que deberán concluirse dentro del plazo máximo de seis meses.

### **Artículo 12**

Las Partes establecerán programas de cooperación con el propósito de ampliar el conocimiento técnico y científico sobre el Sistema Acuífero Guaraní, promover el intercambio de informaciones y sobre prácticas de gestión, así como desarrollar proyectos comunes.

### **Artículo 13**

La cooperación entre las Partes deberá desarrollarse sin perjuicio de los proyectos y emprendimientos que decidan ejecutar en sus respectivos territorios, de conformidad con el derecho internacional.

### **Artículo 14**

Las Partes cooperarán en la identificación de áreas críticas, especialmente en zonas fronterizas que demanden medidas de tratamiento específico.

**Artículo 15**

Se establece, en el marco del Tratado de la Cuenca del Plata, y de conformidad con el Artículo VI de dicho Tratado, una Comisión integrada por las cuatro Partes, que coordinará la cooperación entre ellos para el cumplimiento de los principios y objetivos de este Acuerdo. La Comisión elaborará su propio reglamento.

**Artículo 16**

Las Partes resolverán las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo en las que sean partes mediante negociaciones directas, e informarán al órgano previsto en el Artículo anterior sobre dichas negociaciones.

**Artículo 17**

Si mediante las negociaciones directas no se alcanzare un acuerdo dentro de un plazo razonable o si la controversia fuere solucionada solo parcialmente, las Partes en la controversia podrán, de común acuerdo, solicitar a la Comisión a que se refiere el Artículo 15 que, previa exposición de las respectivas posiciones, evalúe la situación y, si fuera el caso, formule recomendaciones.

**Artículo 18**

El procedimiento descrito en el Artículo anterior no podrá extenderse por un plazo superior a sesenta días a partir de la fecha en que las Partes solicitaran la intervención de la Comisión.

**Artículo 19**

1. Cuando la controversia no hubiera podido solucionarse conforme a los procedimientos regulados en los Artículos precedentes, las Partes podrán recurrir al procedimiento arbitral a que se refiere el párrafo 2 de este Artículo, comunicando su decisión al órgano previsto en el Artículo 15.
2. Las Partes establecerán un procedimiento arbitral para la solución de controversias en un protocolo adicional a este Acuerdo.

**Artículo 20**

El presente Acuerdo no admitirá reservas.

**Artículo 21**

1. El presente Acuerdo entrará en vigor el trigésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el cuarto instrumento de ratificación.
2. El presente Acuerdo tendrá duración ilimitada.
3. La República Federativa del Brasil será depositaria del presente Acuerdo y de los instrumentos de ratificación, notificará a las demás Partes la fecha de los depósitos de esos instrumentos y enviará copia debidamente autenticada del presente Acuerdo a las demás Partes.



## Artículo 22

1. Las Partes podrán denunciar el presente Acuerdo mediante notificación escrita al depositario. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que haya sido recibida la notificación, a menos que en esta se señale una fecha ulterior.
2. La denuncia no afectará ningún derecho, obligación o situación jurídica de esa Parte creado por la ejecución del Acuerdo antes de su terminación respecto de esa Parte.
3. La denuncia no dispensará a la Parte que la formule de las obligaciones en materia de solución de controversias previstas en el presente Acuerdo. Los procedimientos de solución de controversias en curso continuarán hasta su finalización y hasta que los acuerdos alcanzados (o) las recomendaciones (o fallos) sean cumplidos.

Hecho en San Juan, República Argentina, el 2 de agosto de 2010, en un original en los idiomas español y portugués.



# INTEGRACIÓN ENERGÉTICA: UN PILAR EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL EN EL MARCO DE LA UNASUR Y EL ALBA

---

ENERGETIC INTEGRATION:  
A SUPPORT OF THE REGIONAL INTEGRATION PROCESS WITHIN UNASUR AND ALBA

---

✉ Por: Carolina Velandia Hernández

Fecha de recepción: 18 de septiembre de 2013  
Fecha de aprobación: 5 de noviembre de 2013

## **Resumen**

*El presente texto pretende realizar un análisis de caso comparativo entre el proceso de UNASUR y el ALBA con el fin de distinguir las experiencias de cada organismo; y presentar las fortalezas y debilidades de cada proceso, los paradigmas que sirven de parámetro buscando aclarar las consecuencias en los paradigmas de integración energética que por la experiencia impone.*

## **Palabras clave**

*Integración, gobernanza, comercio, Suramérica, energía.*

## **Abstract**

*This text aims to conduct an analysis between two processes: the UNASUR and the ALBA with a target: compare the experiences of each process, also to present the strengths and weaknesses of each process and the paradigms that work as parameter, looking to clarify the consequences into the paradigms of the energy integration imposed by experience.*

---

1 Abogada Universidad Nacional de Colombia y Magíster en Integración con énfasis en Negociaciones Económicas Internacionales de la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB). Posgraduada en Resolución de controversias en la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Minero y Petrolero de la Universidad Externado. Docente de las Universidades Cooperativa de Colombia y Gran Colombia, investigadora Universidad Externado de Colombia. [karolinavelandia84@hotmail.com](mailto:karolinavelandia84@hotmail.com)



## **Key words**

*Integration, governance, trade, South America, energy.*

## **Introducción**

La presente ponencia busca exponer en líneas generales los procesos de integración en las últimas décadas en Suramérica partiendo del modelo imperante antes del nacimiento del ALBA y el Unasur; sobre estos últimos se hará un estudio de caso enfocado principalmente a realizar un análisis de dos variables: la primera, un análisis de los resultados y efectividad de los acuerdos en esta materia; y la segunda, si puede decirse que desde las necesidades energéticas se está gestando una nueva dimensión teórica en los procesos de integración.

Inevitablemente, plantear que la integración energética es un pilar fundamental en los procesos de integración subregional implica reconocer la necesidad de superar en la matriz energética basada en los combustibles fósiles y generar espacios de desarrollo energético sustentables basados en la cooperación no en la fragmentación de las integraciones desde lo binacional. Pero el desarrollo reciente de los mercados energéticos no parece tener grandes cambios en lo referente a energías distintas a las fósiles por lo que el texto se centrará en el análisis de este contexto.

## **Integración energética y procesos de integración**

Latinoamérica ha vivido en años recientes un entorno político convulsionado que, como expone Alan Freire,<sup>2</sup> ha venido modificando la postura de los países del sector frente al tópico de la integración económica. El tema energético resulta ser un componente estratégico en este proceso, forzando un relanzamiento de esta área de la política más allá del ámbito cepalino o el modelo de la integración abierta del consenso de Washington. Además de los tratamientos propios de la CAN, el contexto de nuevas organizaciones como el Mercosur ha introducido un esfuerzo por replantearse el papel y el sentido de la integración económica y, más particularmente, de la integración energética.

Se debe mencionar que los procesos de integración históricos de la subregión intentaron, en materia energética, consolidar algunos instrumentos y acciones, es decir la CAN y Mercosur. Sin embargo, estos históricamente se ocuparon de consolidar los paradigmas de integración de los cuales fueron resultado y por lo tanto buscaron consolidar o una naturaleza intergubernamental y supranacional (desde un marco institucional), o uniones aduaneras (desde las necesidades de comercio)<sup>3</sup>, por lo tanto la integración energética aparece con fuerza en las agendas políticas en las últimas décadas.

2 Alan Fraire Reinoso, "Encuentros y desencuentros de la integración regional", Voltairenet.org, 26 de julio de 2007 disponible en: <http://www.voltairenet.org/article150330.html#article150330>, consulta 29 octubre de 2013.

3 Ángel Casas Grajea, Integración Regional y Desarrollo en los países andinos. 1ª ed., Quito, ETEA y Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.



El paradigma de la integración energética fundamentada en la aceleración de la liberalización de la economía a partir de los noventa parece coexistir con el replanteamiento que se viene dando de sus pilares básicos, dentro de nuevos escenarios con un enfoque centrado en actores estatales.

En medio de la transformación del contexto ideológico suramericano en 1999, la CAN publica el documento Bases para el perfeccionamiento y profundización del proceso de integración subregional. Uno de los ejes centrales identificados para la liberación de bienes, servicios y factores del sector energético es la recepción de importantes flujos de inversión, continuando así con los antecedentes de integración que resultaron en la instalación del gasoducto Bolivia-Argentina y la central Hidroeléctrica Itaipú. Iniciativa reafirmada en la reunión presidencial de Cartagena en el mismo año, posteriormente, con la firma del acuerdo para la interconexión regional de los sistemas eléctricos en 2001; con el acta de Santa Cruz de la Sierra de 2002 y con la creación del consejo de Ministros de Energía, Electricidad, Hidrocarburos y Minas en 2003.

Además, “se aprobó un Plan de Acción que incorporó la interconexión de gas natural como un nuevo componente de la política andina de integración energética. Por otro lado se determinó la adopción de acciones que armonizaran los procesos de contratación de proyectos en sectores: eléctrico, hidrocarburífero y minero. El Plan de Acción está fundado en tres pilares fundamentales a) Construcción de mercados integrados de energía (electricidad y gas) a través de redes físicas y marcos regulatorios armonizados; b) La inserción en los mercados internacionales de hidrocarburos; c) La promoción del desarrollo empresarial privado en los países andinos y servicios de energía de alto valor agregado”<sup>4</sup>. El proceso continuó con el diálogo presidencial sobre la futura integración y su proyección en Suramérica de 2004, que resaltaba la importancia de fortalecer la interconexión eléctrica y gasífera.

En contraposición Mercosur realizó las siguientes acciones centradas en la complementación económica: acuerdo de complementación económica No 36 para establecimiento de zona de libre comercio entre Bolivia y Mercosur en 1996; suscripción de propuesta de la Zona de Libre comercio CAN-Mercosur en 1997 donde uno de los objetivos es la complementación energética; firma el acuerdo entre la CAN-Brasil nuevamente con un objetivo centrado en cooperación energética; y la suscripción de acuerdos de iguales objetivos en 2004 entre Mercosur y la CAN. Dos experiencias adicionales en este panorama, merecen ser referidas la exportación de gas de Bolivia a Brasil y Argentina, y los conflictos en integración eléctrica entre Brasil, Paraguay y Argentina. Ambos casos muestran las dificultades de integración con ocasión de los cambios de precios de los insumos energéticos, también demuestran la necesidad de mecanismos para la resolución de controversias y para compensar las pérdidas en términos de precios.

---

4 Milko Luis González Silva, “Nuevas perspectivas de la integración energética en América del Sur: ¿Cambios paradigmáticos?” En K.-P. Shütt, *El Factor energético y las perspectivas de integración en América del Sur*, 1ª ed., 2007, Caracas, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales ILDIS. p. 11-36.



## UNASUR.

En la toma del protagonismo y el intento de ganar autonomía la Unasur pretende fusionar los procesos de integración ya existentes en el subcontinente y aprovechar tanto los avances institucionales de la CAN como los comerciales de Mercosur. Sin embargo, su mercado tinte político ha crecido (incluyendo temas de geopolítica) y se ha convertido en un foro de discusión de los presidentes actuales; por ejemplo, buscando mediar en los conflictos entre Ecuador, Venezuela y Colombia; o apoyando a los presidentes en crisis políticas como fue el caso en Bolivia y Ecuador.

Luego de las reuniones de Cuzco y Ayacucho como declaraciones fundacionales de una serie de reuniones de jefes y jefas de estado, se intenta abrir un foro que tenga como fin principal la articulación de la integración de los 12 países suramericanos. No solo centrándose en temas energéticos, sino incluyendo esquemas institucionales, sociales, políticos y económicos. La idea principal es abarcar las respuestas latinoamericanas frente al actual panorama de globalización y de protagonismo en la esfera internacional.

Los primeros instrumentos relevantes discutidos fueron el Comunicado de Brasilia, el Consenso de Guayaquil, la Declaración del Cuzco y la Declaración de Cochabamba; ya que estos desarrollan temas nodales para una caracterización del proceso. Por ejemplo, en Brasilia se pretendió diseñar una agenda común para el manejo de la misma integración. Paradójicamente, el tema de la democracia se intenta tramitar con instrumentos jurídicos como el compromiso democrático del Mercosur, Bolivia, y Chile, formalizado por el Protocolo de Ushuaia de 1998, y el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena sobre el “Compromiso de la Comunidad Andina con la Democracia”.

Uno de los elementos mencionados en Brasilia, como principio informante de la integración es el “regionalismo abierto”, que significa mantener la libertad individual de cada Estado. Estos conservan su autonomía para la negociación de acuerdos con terceros. Dada su naturaleza de declaración y la intención de los estados participantes de *no otorgar* el poder de negociación a una organización supra-nacional, se evidencia la imposibilidad de superar el escenario de cooperación por el necesario traspaso de soberanía.

Solamente si se observa el numeral 40<sup>5</sup> de este instrumento, se deja ver que la armonización de las condiciones jurídicas supone una limitante a la libertad del legislador dentro de las naciones y la eventual necesidad de instituciones supranacionales para dirimir los posibles conflictos que puedan resultar.

---

5 Comunicado de Brasilia, CAN Encuentro de Presidentes de América del Sur (2000), Num. 40. En el sentido de señalar que la integración debe ser complementada “mediante la adopción de regímenes normativos y administrativos que faciliten la interconexión y la operación de los sistemas de energía...”.





El Consenso de Guayaquil identificaba “162 proyectos de transporte, energía y telecomunicaciones”<sup>6</sup>, como propuestas de desarrollo en infraestructura, para ser ejecutados por los países firmantes. Se observaba que el IRSSA, es un organismo técnico de estudio, sin labores ejecutivas, que en todo caso otorga especial importancia a la cooperación energética, dado que se destacó “la necesidad de aumentar los niveles de seguridad, confiabilidad y calidad de suministro de energía en Sudamérica y la conveniencia de desarrollar los mercados energéticos regionales con prácticas compatibles con los principios del desarrollo sustentable”<sup>7</sup>. En este contexto se vuelve a subrayar la necesidad de “una adecuada y progresiva armonización de los marcos legales y técnicos del intercambio en el sector energético en la región [lo que] es un factor importante para la integración económica regional”<sup>8</sup>.

El consenso de Guayaquil promueve así el Memorándum de Entendimiento entre Bolivia, y Chile<sup>9</sup> para estudiar el desarrollo de las conexiones entre ambos países, en el cual establece un Grupo Técnico Mixto para tal fin; así como el acuerdo entre Guyana y Venezuela<sup>10</sup>, para establecer una conexión económica directa entre ambos países, y en general los avances establecidos a nivel bilateral, verbigracia el caso chileno-argentino<sup>11</sup>, o el paraguayo-brasileño.<sup>12</sup>

La intención es consolidar la zona de frontera como fortaleza subregional y profundizar en los elementos necesarios para la consecución de un mercado interno fortalecido en la región suramericana. Dadas las circunstancias de extremos geográficos, de las diversidades de cada país y que históricamente no se han aprovechado las ventajas de la zona, en este proceso de negociación la formación de una integración efectiva debe preocuparse por solucionar temas estratégicos (Según el tenor del Consenso), como son la infraestructura, explotación energética y destino de los recursos.

El rostro de La Comunidad Suramericana de Naciones (CSN) cambia a La Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) Brasil, 2008. Del lado de las resonancias ideológicas la palabra comunidad resulta equívoca, la palabra unión resulta más comprometedor; la primera no reflejaba el significado y las intenciones transadas por los jefes de estado desde las reunio-

- 
- 6 Consenso de Guayaquil sobre la Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo, II Reunión de Presidentes de América del Sur, 26 y 27 de julio de 2002 de 2002, Num. 9°.
  - 7 Consenso de Guayaquil sobre la Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo, II Reunión de Presidentes de América del Sur, 26 y 27 de julio de 2002 de 2002, Num. 16.
  - 8 Consenso de Guayaquil sobre la Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo, II Reunión de Presidentes de América del Sur, 26 y 27 de julio de 2002 de 2002, Num. 18.
  - 9 Memorándum de Entendimiento Sobre Desarrollos de Infraestructuras de Conexiones para el Transporte entre Chile y Bolivia, 26 de Marzo del 2002, Brasilia, Brasil.
  - 10 Acuerdo de Alcance Parcial Suscrito entre la República de Venezuela y La República Cooperativa de Guyana. 27 de Octubre de 1990.
  - 11 Acuerdo entre el Gobierno de La República Argentina y el Gobierno de la República de Chile Sobre Coordinación de Apertura y Cierre de Pasos Fronterizos. 26 de Abril de 1996, Buenos Aires, Argentina y Protocolo Complementario del Tratado de Integración y Complementación Minera entre las República Argentina y de Chile.
  - 12 Tratado de Itaipú entre Paraguay y Brasil, el cual fue instrumento legal para aprovechamiento hidroeléctrico del río Paraná. 26 de Abril de 1973.



nes de Isla Margarita. Su nacimiento se alimenta de propósitos como: “querer contribuir a la identidad y ciudadanía suramericanas, y a desarrollar un espacio integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura”,<sup>13</sup> haciéndose eco del más reconocido interés de los próceres independentistas Simón Bolívar, Antonio José de Sucre, y José de San Martín<sup>14</sup>.

Esta nueva integración intenta asimilar la experiencia de La Comunidad Europea en las últimas décadas, por ejemplo, en la unificación arancelaria en el marco del Mercosur; en los avances institucionales que funcionan actualmente en La CAN (Tribunal Andino) en el contexto de los mecanismos recientes para lograr la solución de controversias; la franja de precios arancelarios y los intentos del Parlamento Andino.

Una lectura más realista dirá que este proceso de integración responde a una iniciativa presidencial surgida en el año 2000, lo que explicaría que la opinión pública en la actualidad le ha observado como un simple foro político, con miras a solucionar los siguientes temas: Suramérica frente a la globalización, el desarrollo de la subregión, los problemas de pobreza, alimentación, educación, seguridad, crisis energética y del medio ambiente (en especial la protección del Amazonas, y la biopiratería), buscar un fortalecimiento financiero de la región, todo en un intento de disminuir la dependencia de los países suramericanos frente al primer mundo.

Los ejes centrales que se intentan someter al nuevo proceso integrador pasan por la concertación y el diálogo político, el desarrollo social y humano, la erradicación del analfabetismo y el acceso a la educación de calidad, la integración energética para el desarrollo integral, el desarrollo de la infraestructura, la integración financiera, la protección de la biodiversidad y los recursos hídricos, la consolidación de una identidad suramericana, el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud, la cooperación en materia de migración y económica, la integración industrial y productiva, la participación ciudadana, entre otros,<sup>15</sup> que a pesar de su alcance resultaban más restringidos que su antecesor. En este contexto los países “[Ratifican] que tanto la integración como la unión suramericanas se fundan en los principios rectores de: irrestricto respeto a la soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados; autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible”.<sup>16</sup> Lo que en contexto plantea la pregunta sobre si la posibilidad de cumplir

13 Diego Cardona “El ABC de Unasur: doce preguntas y respuestas” en: Revista de la integración. Edición No. 2 julio de 2008.

14 Comunicado de Brasilia Primera Cumbre Sudamericana Presidentes 2000; Consenso de Guayaquil sobre Integración, seguridad e infraestructura para el desarrollo Segunda Reunión de Presidentes de América del Sur 2002; Declaración de Cusco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones Tercera Cumbre de Presidentes de América del Sur 2004; Declaración presidencial y Agenda prioritaria Cumbre de la Comunidad Sudamericana de Naciones 2005; Cumbre energética donde se renombra la CSN como Unasur Venezuela 2007; Se aprueba el tratado constitutivo de la Unasur, Brasilia 2008.

15 Tratado Constitutivo de las Naciones Suramericanas del 11 de Marzo de 2011, Artículo 3.

16 Ibid., Preámbulo.



al tiempo todos los objetivos propuestos y el llevar a efecto la cooperación, no supone límites necesarios a la total libertad que parece rodear al concepto de soberanía.

En cuanto a la Integración energética su objetivo principal abarca dos aspectos: primero, promover el desarrollo de las infraestructuras de transporte, energía y telecomunicaciones bajo una visión regional, procurando la integración física de los doce Estados; segundo, lograr un patrón de desarrollo territorial equitativo y sustentable. Hasta el momento es una de las instancias más visibles, esenciales en la consolidación del proceso. Esta es la razón de su importancia en las cumbres presidenciales y en el trazado de los objetivos y de las proyecciones descritas<sup>17</sup>, al mismo tiempo que favorecen las condiciones de la región en términos de su potencial para el futuro en cuanto a las reservas de petróleo, gas, energía hidroeléctrica y carbón.

Los responsables del proceso, partiendo de nuevo de la experiencia acumulada, asumieron que no era posible alcanzar ciertos niveles de integración económica si no existen adecuadas conexiones físicas entre los diferentes Estados. Ello les llevó a priorizar, desde el principio, el desarrollo de las infraestructuras como uno de los ejes centrales de Unasur. En este ámbito, cabe resaltar el establecimiento de la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA), foro de diálogo entre las autoridades responsables de la infraestructura de transporte, energía y telecomunicaciones de los doce países que participan en este proceso de integración.

Ciertamente el proceso comienza desde el documento final de La Comisión Estratégica de Reflexión: **“Un Nuevo Modelo de Integración de América del Sur Hacia la Unión Sudamericana de Naciones”**, diagnóstico de la estructura concreta para firmar las declaraciones presidenciales, y culmina en el tratado constitutivo firmado en 2008, como punto de partida para una posible integración futura. Se afronta una realidad amplia, un espectro que incluye por una parte la riqueza en recursos de todo tipo, las ventajas para hacer efectiva la integración y, por otra, las desventajas profundas que presenta la realidad política, económica y social del subcontinente.

Precisamente un obstáculo para llegar a esta integración son los problemas actuales y pasados en las relaciones internacionales suramericanas, sumado a las crisis bilaterales que afectan a las relaciones entre los países; por ejemplo, los problemas antiguos que enfrentan a Chile y a Perú sobre el litigio de los límites marítimos; a Argentina y a Uruguay por la instalación de una fábrica de celulosa en la costa uruguaya del Río de la Plata, el eterno problema que disputa Bolivia por una salida al mar respecto a Chile, y la tensión política entre Colombia, Venezuela y Ecuador por el conflicto armado interno y respecto a la intromisión fronteriza.

17 Consenso de Guayaquil sobre la Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo, II Reunión de Presidentes de América del Sur, 26 y 27 de julio de 2002 de 2002, Num. 41.



En el tema energético hay algunos antecedentes históricos que ayudan a la integración a nivel institucional<sup>18</sup>, por ejemplo en 2004 la 1ª Reunión de Ministros de Energía de América del Sur sobre Energía, en la Isla Margarita, firmada por Argentina Bolivia, Brasil y Venezuela, crea a Petrosur. En 2005 la 1ª Reunión de Ministros de Energía de la Comunidad Suramericana de Naciones, realizada en Caracas el 26 de setiembre asume la iniciativa Petroamérica y en 2007 donde se efectuó la 2ª Reunión de Ministros de Energía de la Comunidad Suramericana de Naciones crea el Consejo Energético de Suramérica; aunque hasta el momento no hay una institución concreta fundada y operando sobre la consolidación del anillo energético propuesto por Chávez<sup>19</sup>. Que se refiere a articular en Suramérica los proyectos petroleros, gasíferos, hidroeléctricos y mineros.

## ALBA

Los TLCs se han convertido en una de las preocupaciones más importante para el desarrollo del ALBA; de un lado, el TLC conjunto entre los países de la CAN precipitó la salida de Venezuela del organismo y, de otro lado, la posición de Bolivia y Ecuador frente al TLC con la unión europea condujo a que ésta negociara con Colombia y Perú.<sup>20</sup> Su nacimiento fue antecedido por los tratados de 2000 entre Venezuela y 11 países de Centroamérica en el que este país se comprometía a refinar 80,000 barriles de crudo y GLP diarios en lo que se denominó “diplomacia petrolera”,<sup>21</sup> con una financiación a 15 años, un año de gracia en el pago y unos intereses del 2%. En la misma dirección general del acuerdo de San José entre Venezuela – México de 1980. El mismo año Venezuela cerró un acuerdo de cooperación con Cuba por 53,000 barriles diarios.

La propuesta Venezolana, parte de la crítica de la competencia sometida a subsidios presente en el ALCA, que considera injusta y funda teóricamente su desarrollo en el neoestructuralismo de Sunkel, que planteó el desarrollo endógeno como medio de superación de la crisis del paradigma de la sustitución de importaciones. El estilo de desarrollo de la propuesta ha estado fuertemente imbuida en un discurso de amigo-enemigo que ha llevado algunos a pedir la rebaja del acento ideológico del proceso.<sup>22</sup> Pero en este sentido la eficacia de la iniciativa ha estado más relacionada con el modo de afrontar los beneficios económicos frente a sus implicaciones ideológicas, en este caso la eficacia del Alba se extiende fundamentalmente a la financiación del consumo petrolero en Centroamérica que, por ejemplo de junio de 2005

18 Gerardo Honty, “La integración en latinoamérica después de las privatizaciones. Pegando la vuelta”, Energía Sur, Publicado en el suplemento Energía N° 7, (25 de mayo de 2007) [en línea] disponible en: <http://www.energiasur.com/integracion/HontyPegandoLaVuelta.htm>, consulta: 29 de octubre de 2013

19 Noticia del 19 de junio de 2005 donde lanza la propuesta concreta. [http://www.minci.gob.ve/pagina/28/7818/presidente\\_chez\\_propuso\\_pmt](http://www.minci.gob.ve/pagina/28/7818/presidente_chez_propuso_pmt)

20 Josette Altman Borbón ed., ALBA ¿Una nueva forma de integración regional? 1ª ed., Buenos Aires, Flacso, Oirla, Teseo, 2011, p. 14.

21 José Briceño Ruiz, El ALBA como propuesta de integración regional, en Josette Altman Borbón ed., ALBA ¿Una nueva forma de integración regional? 1ª ed., Buenos Aires, Flacso, Oirla, Teseo, 2011, p. 22.

22 Edmundo Gonzales Urrutia, “La Política Exterior de Venezuela y la Nueva Geopolítica Internacional”, ed., Ildis, Ceeri, 2008, p. 8.



a diciembre de 2007 sumaba 1,170 millones de dólares,<sup>23</sup> que en un contexto de aumento de los precios del petróleo, preveía métodos de financiación a 25 años en el caso de que el barril superara los 50 dólares barril con una tasa del 1%, la limitación de recursos de estos países ha hecho de Nicaragua y Honduras se hayan hecho parte del ALBA y beneficiándose de los créditos al petróleo venezolano. En el caso de Honduras su adhesión también estuvo determinada por las limitaciones al crédito por parte del BM y el FMI. De otro lado Costa Rica y Guatemala no se han hecho parte del ALBA, pero sí de los proyectos de Petrocaribe.<sup>24</sup> Sin embargo el efecto esperado en el contexto ideológico no se ha presentado y la cooperación no ha superado el nivel de la ayuda energética mientras que el significado del proceso no parece ser comparable al de Unasur.

## Efectividad de los acuerdos

Luego de analizar la perspectiva de la subregión, pareciera que varios elementos son condiciones positivas para la integración: “el subcontinente cuenta con suficientes reservas para cubrir sus propias necesidades regionales por varias décadas, (...) por la característica de tener una posición marginal en el mercado internacional de energía, ya que sus reservas totales de gas y petróleo solo suman el 8% de las mundiales y su consumo no supera el 6 % global”.<sup>25</sup>

Si se comienza por reconocer que los principales problemas a los cuales se ha visto enfrentada la integración energética Suramérica según el diagnóstico de la Cepal se concentran en los puntos de: “a. Los distintos regímenes de competencia en las etapas de generación transmisión /transporte y distribución, b. La diferencia del papel empresarial del Estado. c. Los mecanismos de mercado distintos. d. El problema de la compatibilidad de los acuerdos binacionales y el sistema de las autorizaciones de exportación con los criterios de un mercado regional único y d. las discrepancias en la regulación y en las bases de cálculo de las tarifas de transmisión y transporte”.<sup>26</sup> La idea de crisis en el sector energético deviene del proceso histórico en la formación de la integración al interior de la subregión.

23 Josette Altman Borbón, “El ALBA Petrocaribe y Centroamérica ¿intereses comunes?” en: Nueva Sociedad, num. 219, enero-febrero 2009, p. 139.

24 Josette Altman Borbón, “El ALBA Petrocaribe y Centroamérica ¿intereses comunes?”, p. 141.

25 Klaus Bodemer “Integración energética en América del Sur: ¿eje de integración o fragmentación?” En Manuel Cienfuegos y José antono Sanahuja ed., Una región en construcción. 1ª ed., Barcelona, Cidob, 2010, p. 179.

26 María de la Cruz Baya C. “Integración Energética una incertidumbre Regulatoria”, en: Dikaion Revista Actualidad Jurídica Universidad de la Sabana, Bogotá vol. 20, núm. 15, noviembre, 2006, p. 89-103.



## Dimensión teórica de la integración energética ¿una necesidad?

Puede sostenerse que existen dos tendencias significativas que al tiempo demarcan dos fronteras en esta discusión. En primer lugar, una que sostiene que la integración energética se sustenta en garantizar el abastecimiento o la realización de las mercancías y expresa las consideraciones tradicionales de la oferta y la demanda en el mercado de la provisión de energía. La segunda tendencia, en oposición, es una perspectiva que se centra, más que los intereses económicos, en la necesidad de gobernabilidad y seguridad, incorporando un enfoque geopolítico al proceso de integración.

Tales extremos pueden aparecer en las distintas descripciones del proceso, así la Cepal, sostiene que versa sobre “un proceso de interconexión estratégica de las redes de energía en corredores internacionales, que permite, bajo un marco normativo común y servicios adecuados, su circulación ágil y eficiente”;<sup>27</sup> comprensión que puede centrarse<sup>28</sup> en el comercio efectivo, un poco al margen de las redes de distribución.

Frente a esta perspectiva, que se puede entender como de corte neoliberal, existe una matriz que se interesa por las resonancias políticas del proceso que, a su vez, Bodemer divide en dos; de un lado la energía se ve “como un bien político, es decir un instrumento que se utiliza para alcanzar fines de naturaleza fundamentalmente política como, por ejemplo, la instalación o consolidación de un tipo de gobierno o régimen particular mediante la exportación de energía con precios subvencionados”; o de otro lado desde una “visión amplia, se vincula el factor energético a la seguridad de la sociedad, es decir, a la posibilidad de desarrollo y consolidación de las instituciones y el desarrollo humano en un mundo cosmopolita.”<sup>29</sup>

Se hace, empero, necesario el abandono de una visión de la integración economicista a una ampliada, donde se incluyan “conceptos de gobernanza multinivel”, soportada en una “gobernanza global”, esto es, en definitiva una integración multidimensional, con la idea de consolidar a la región en medio del ajedrez de los grandes mega bloques y hacer aplicables las críticas al regionalismo abierto y a sus consecuencias.

Teniendo de precedente que la concepción de integración ha sufrido de influencias de diversas interpretaciones que van desde el federalismo, funcionalismo, neofuncionalismo, transaccionalismo, intergubernamentalismo, a la gobernanza multinivel (entendido como modo de resolver los problemas a nivel legal, político administrativo, desde los actores contando

27 Ariela Ruiz-Caro, Puntos en conflicto de la cooperación e integración energética en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: Cepal División de Recursos Naturales 2010.

28 Moreno, L. F. “¿Cómo aborda el derecho comparado latinoamericano la interconexión internacional y el comercio internacional de energía? caso Argentino, Colombiano y Mexicano”. En Varios, Reflexiones sobre integración energética Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006 (págs. 97-119).

29 Klaus Bodemer, Op., cit., p, 180.



con los tipos de problemas),<sup>30</sup> neorrealismo, al neoinstitucionalismo y la teoría de la fusión<sup>31</sup>. El tipo de gobernanza que más parece adaptarse al contexto pareciera ser “[u]n sistema de negociación continua entre gobiernos ubicados en varios niveles territoriales – supranacional, regional, y local- como resultado de un amplio proceso de creación institucional y reasignación decisional que ha impulsado hacia arriba hasta el nivel supranacional algunas funciones previamente centralizadas del estado y algunas hacia abajo a nivel local y regional”,<sup>32</sup> un proceso multinivel que permita actuar a regiones, incluya la diversidad de estos pueblos y a la sociedad civil, ampliando un nuevo escenario que haga las veces de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder. Se trataría de una concepción que tenga en cuenta las dimensiones políticas, institucionales y procedimentales; afecte las dimensiones identitarias, de articulación social y de transferencias privadas, tanto como las organizaciones no gubernamentales, alcanzando incluso las relaciones de comercio internacional y las relaciones diplomáticas.<sup>33</sup>

En estos nuevos procesos el eje energético es un acelerador que potencia la necesidad de integración, el vaivén de las tendencias no ha logrado jalonar una base ideología común, flexible (no confundir con uniformidad de tendencias políticas), pero si con una suerte de principios básicos en los cuales estén de acuerdo o puedan estarlo cada uno de los países suramericanos; que les permita articularse y consolidar un consenso que se superponga a las nacionalidades, a los discursos de elite, a los intereses creados o históricos; por el contrario, en persecución del bien común: es decir, recurriendo a mínimos en el manejo de los derechos humanos, la repartición de los ingresos y apoyo a las regiones más atrasadas. Donde se promueva el acceso a la energía, la apertura de foros de discusión política y académica sobre los procesos de integración en curso, sobre mínimos de supranacionalidad y de convergencia estructural que operen como la razón fundamental, desarrollando la competitividad, incluyendo la globalizante. Es decir es necesario converger en una apuesta por una Política externa común y comunitaria y dar una solución suramericana al “hiper regionalismo abierto”, entendido como un proceso de integración al mercado mundial mediante la integración regional, en el que los actores estatales quedan en relativa libertad de conformar métodos de negociación con actores internacionales, a la vez, lejanos.

En los dos procesos analizados es importante cuestionarse por el proceso político de las decisiones mayoritarias, estos son los que aseguran la estabilidad democrática, caso que ocurriría si la Unasur<sup>34</sup> diera el paso decisivo de un mero foro político presidencial, a la con-

30 Concepto de Gobernanza de Oliver Dabène presente en Edgar Vieria Posada, *La Formación De Espacios Regionales En La Integración De América Latina*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. 2008 p. 471

31 Nicolás Mariscal, *Teorías Políticas De La Integración Europea*, 1ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, introducción.

32 Gary Marks, “Structural Policy and Multilevel Governance in the EC” en A.W: Canfrun G.G: Rosenthal (eds), *The States of the European Community*, Vol. 2 *the Maastricht Debates and Beyond*, Boulder/Herlow, 1993, p. 392. en Edgar Vieria Posada, *La Formación De Espacios Regionales En La Integración De América Latina*. Pontificia Universidad Javeriana. 2008. p. 197.

33 Edgar Vieria Posada, *Op. cit.*, p. 201.

34 Castor Miguel Díaz Barrado, y María De Los Ángeles Cano Linares, *Cuaderno – Ibero-Americano- No 1, La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) Análisis E Instrumentos*, Madrid, Centro de Estudios Iberoamericanos 2007 p. 10.



solidación de la supranacionalidad como un tránsito para la construcción de lo regional. Señala Rawls, una suerte de condiciones ideológicas para que las decisiones puedan pretender legitimidad deben: 1. Poder ser justificables frente a cualquiera 2. Tienen que basarse en realidades fácilmente reconocibles, aceptables por el sentido común y demostrable por los métodos científicos. 3. Tienen que ser completos, es decir, poder dar una respuesta publica razonable a todos o casi todos los casos; los **Contenidos Constitucionales Esenciales** se dividen en dos clases a) los principios de la justicia política que especifican la estructura general del estado y del proceso político; los poderes legislativo ejecutivo y judicial, el alcance de la regla de la mayoría y b) los principios de la justicia política que garantizan derechos y libertades básicos para todos los ciudadanos, como por ejemplo el Derecho al voto y a la participación política. Esto explica porque el proceso de la unión europea puede arrojar luces en el proceso de ensayo-error en la consolidación del desarrollo de las regiones o de la institucionalización del proceso de integración. (Aunque la institucionalización no es de por si la respuesta a las falencias de los procesos de integración).

En el último de los elementos planteados por Rawls es la **Razón Pública**, esta es, en primer lugar, una razón creada por los ciudadanos, quienes como cuerpo colectivo, ejercen un poder político y coercitivo, promulgando leyes y enmendando su constitución cuando fuere necesario. Este concepto gobierna los contenidos constitucionales y los valores políticos que han de regir a una sociedad: “El contenido de la razón publica es, por tanto, el contenido de los principios de la justicia o de la concepción de justicia concertada públicamente, en tanto especifica derechos, libertades y oportunidades, asignándoles una prioridad lexicográfica y garantizándoles las medidas necesarias para cumplirlas, independientemente de todo tipo de doctrinas omnicomprehensivas.”<sup>35</sup>

Como se observa, resulta de vital importancia la profundización en estas claves plateadas por Rawls, además de considerar en serio los pasos hacia una integración multinivel, enmarcada en la gobernanza global-regional<sup>36</sup>. Por ello la constante reclamación por la presencia de las regiones. La integración regional según Kohler-koch, es: “Desde el punto de vista sociológico por ser un proceso social desde abajo a arriba (bottom up) referido a la interacción social, pues la instituciones son resultado, más que el diseño político y jurídico de la interacción de actores sociales con intereses particulares que aceptan las instituciones, perciben que sus políticas le son favorables sobre la base de lo cual conceptualiza la integración regional en Europa como un sistema de gobernanza penetrado”<sup>37</sup>.

35 Oscar Mejía Quintana. “La Problemática iusfilosofica de la obediencia al Derecho y la justificación Constitucional de la Desobediencia Civil”. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, p. 185

36 Edgar Viera Posada, Op. cit., p. 474.

37 Edgar Viera Posada, Op. cit., p. 119.





El carácter de ser un proceso de integración profundo, es desarrollar la idea de Habermas donde la legitimidad por vía de la legalidad sólo podía ser posible a través de la racionalidad procedimental del Derecho, cuyo núcleo estaría constituido por la imparcialidad, Habermas le apostó a un procedimiento de argumentación moral desde el cual el procedimiento jurídico pudiera satisfacer la necesidad de fundamentación a que lo somete su excesiva positivización jurídica<sup>38</sup>, justamente al preguntarse por ¿Cómo salir de la crisis de la legitimidad? responde primero descartando la fe en la legalidad predicada por Weber, también descarta la propuesta Luhmanniana de la autolegitimación del Derecho, que entre otros elementos apunta a que los procedimientos deben reducir la complejidad social. Finalmente argumenta que se puede superar con la acción comunicativa, el lenguaje del derecho y sus trampas, dado que esta teoría Habermasiana propone el entendimiento social y en últimas la inclusión del mundo de la vida en el mundo del Derecho. Es lo mismo decir a incluir una base ideológica fundada en el proceso de integración positivizado.

---

38 Oscar Mejía Quintana. *Op. cit.*, p. 186



## Conclusiones

Conforme se modificó el panorama político en la subregión, claramente los liderazgos de Brasil y Venezuela comenzaron a impulsar una política energética exterior como parte de su política interna. Brasil apostó en volverse en potencia mundial en biocombustibles, continuando con la estrategia de explotar el petróleo en el extranjero ya existente con anterioridad, y Venezuela estableció alianzas políticas a cambio de abastecimiento desde sus reservas.

Las grandes dificultades que se pueden ver reiteradamente en la literatura sobre el tema parten de la falta de previsión sobre los posibles conflictos en torno a los tratados, desde el punto de vista de las jurisdicciones aplicables y los posibles métodos para morigerar los cambios económicos producto del mercado.<sup>39</sup> Al tiempo que los efectos políticos deseados con la integración mueren por falta de estabilidad en el proceso mismo y por razones económicas, el progreso económico deseado puede no darse por cierta ingenuidad política. Es decir por la persecución de objetivos políticos con fines expresos y públicos, y al mismo tiempo por métodos antieconómicos. Suponer que los procesos de integración pueden ser estudiados sin consideraciones políticas, es dejar sin explicación fenómenos como la conformación de mercados sometidos a libre comercio donde mientras unos actores compiten con el subsidio de su economía y con la posibilidad de manipular su sistema monetario; otros se enfrentan al mismo escenario sin estas condiciones, a pesar de que la ortodoxia económica señalaría que la posición de estas últimas naciones es la indicada.

Los métodos de hacer participar a los electorados y a los distintos sectores de la sociedad civil<sup>40</sup> pueden resultar útiles a la hora de generar estabilidad y legitimidad en el proceso de integración y son ámbitos que en general se han dejado de lado, si bien algunos paradigmas parten de la consideración de la integración como un fenómeno fundamentalmente económico lo que lo alejaría de las funciones estatales.

En este sentido la gobernanza multinivel supone de un lado una participación ampliada de distintos sectores de la sociedad, al tiempo que una planificación coordinada de las distintas esferas de la integración, especialmente para hacer efectiva una integración de orden profundo energético.

<sup>39</sup> Klaus Bodemer, *Op. cit.*, p, 183.

<sup>40</sup> Josette Altman Borbón, “El ALBA Petrocaribe y Centroamérica ¿intereses comunes? p. 135.



## Bibliografía.

- Acuerdo entre el Gobierno de La República Argentina y el Gobierno de la República de Chile Sobre Coordinación de Apertura y Cierre de Pasos Fronterizos. 26 de Abril de 1996, Buenos Aires, Argentina y Protocolo Complementario del Tratado de Integración y Complementación Minera entre las República Argentina y de Chile
- Acuerdo de Alcance Parcial Suscrito entre la República de Venezuela y La República Cooperativa de Guyana. 27 de Octubre de 1990.
- Altman Borbón, Josette, “*El ALBA Petrocaribe y Centroamérica ¿intereses comunes?*” en: Nueva Sociedad, num. 219, enero-febrero 2009, p. 139.
- Altman Borbón, Josette, *ALBA ¿Una nueva forma de integración regional? 1ª ed.*, Buenos Aires, Flacso, Oirla, Teseo, 2011.
- Baya C, María de la Cruz, “Integración Energética una incertidumbre Regulatoria”, en: *Dikaion Revista Actualidad Jurídica Universidad de la Sabana*, Bogotá vol. 20, núm. 15, noviembre, 2006, p. 89-103.
- Bodemer, Klaus, “*Integración energética en América del Sur: ¿eje de integración o fragmentación?*” En Manuel Cienfuegos y José Antonio Sanahuja ed., *Una región en construcción*. 1ª ed., Barcelona, Cidob, 2010.
- Briceño Ruiz, José, El ALBA como propuesta de integración regional, en Josette Altman Borbón ed., *ALBA ¿Una nueva forma de integración regional? 1ª ed.*, Buenos Aires, Flacso, Oirla, Teseo, 2011.
- Cardona, Diego, “El ABC de UNASUR: doce preguntas y respuestas” en: *Revista de la integración*. Edición No. 2 julio de 2008.
- Casas Gragea, Ángel *Integración Regional y Desarrollo en los países andinos*. Quito, ETEA y Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.
- Consenso de Guayaquil sobre la Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo, II Reunión de Presidentes de América del Sur, 26 y 27 de julio de 2002 de 2002.
- Cumbre energética donde se renombra la CSN como UNASUR Venezuela 2007; Se aprueba el tratado constitutivo de la UNASUR, Brasilia 2008.
- Díaz Barrado, Castor Miguel, y Cano Linares, María De Los Ángeles, *Cuaderno – Ibero-Americano- No 1, La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) Análisis E Instrumentos*, Madrid, Centro de Estudios Iberoamericanos 2007.



Estévez Araujo, Antoni, Lectura complementaria “la desobediencia civil como participación en la defensa de la constitución”. En la constitución como proceso la desobediencia civil.

Gary Marks, “Structural Policy and Multilevel Governance in the EC” en A.W: Canfrun G.G: Rosenthal (eds), *The States of the European Community, Vol. 2 the Maastricht Debates and Beyond*, Boulder/Herlow, 1993, Pág. 392. en Edgar Viera Posada, *La Formación De Espacios Regionales En La Integración De América Latina*. Pontificia Universidad Javeriana. 2008. Pág. 197.

González Silva, Milko Luis, “Nuevas perspectivas de la integración energética en América del Sur: ¿Cambios paradigmáticos?” En K.-P. Shütt, *El Factor energético y las perspectivas de integración en América del Sur*, 1ª ed., 2007, Caracas, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales ILDIS. p. 11-36.

Gonzales Urrutia, Edmundo “*La Política Exterior de Venezuela y la Nueva Geopolítica Internacional*”, ed., Ildis, Ceeri, 2008.

Gragea, A. M. (2005). *Integración Regional y Desarrollo en los países andinos*. Quito: ETEA y Universidad Andina Simón Bolívar.

Honty, Gerardo, “La integración en latinoamérica después de las privatizaciones. Pegando la vuelta” , *Energía Sur*, Publicado en el suplemento Energía N° 7, (25 de mayo de 2007) [en línea] disponible en: <http://www.energiasur.com/integracion/HontyPegandoLaVuelta.htm>, consulta: 29 de octubre de 2013

Mariscal, Nicolás, *Teorías Políticas De La Integración Europea*, 1ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.

Mejía Quintana, Oscar, “La Problemática iusfilosofica de la obediencia al Derecho y la justificación Constitucional de la Desobediencia Civil”. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Memorándum de Entendimiento Sobre Desarrollos de Infraestructuras de Conexiones para el Transporte entre Chile y Bolivia, 26 de Marzo del 2002, Brasilia, Brasil.

Moreno, L. F. “¿Cómo aborda el derecho comparado latinoamericano la interconexión internacional y el comercio internacional de energía?” caso Argentino, Colombiano y Mexicano. En Varios, *Reflexiones sobre integración energética* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006

Noticia del 19 de junio de 2005 donde lanza la propuesta concreta. [http://www.minci.gov.ve/pagina/28/7818/presidente\\_chez\\_propuso.prnt](http://www.minci.gov.ve/pagina/28/7818/presidente_chez_propuso.prnt)

Ruiz-Caro, Ariela, *Puntos en conflicto de la cooperación e integración energética en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Cepal División de Recursos Naturales 2010.



Ruiz-Caro, A. (2010). *Puntos en conflicto de la cooperación e integración energética en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Cepal División de Recursos Naturales.

Silva, M. L. (2008). Nuevas perspectivas de la integración energética en América del Sur: *¿Cambios paradigmáticos?* En K.-P. Shütt, *El Factor energético y las perspectivas de integración en América del Sur* (págs. 11-36). Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales ILDIS.

*Tratado Constitutivo de las Naciones Suramericanas del 11 de Marzo de 2011.*

*Tratado de Itaipú entre Paraguay y Brasil, el cual fue instrumento legal para aprovechamiento hidroeléctrico del río Paraná. 26 de Abril de 1973.*

Vieria Posada, Edgar, *La Formación De Espacios Regionales En La Integración De América Latina*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. 2008.

Vieria Posada, Edgar, *La Formación De Espacios Regionales En La Integración De América Latina*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. 2008.



# SIMPLIFICACIÓN DE LAS NORMAS APLICABLES AL CONTRATO DE SOCIEDAD EL CASO DE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA EN EL MERCOSUR

---

SIMPLIFIED RULES APPLICABLE TO THE PARTNERSHIP CONTRACT.  
THE CASE OF SOLE SHAREHOLDER CORPORATE IN MERCOSUR

---

✉ Por: Norma Nieto Nieto

Fecha de recepción: 2 de septiembre de 2013  
Fecha de aprobación: 21 de octubre de 2013

## **Resumen**

*El presente trabajo pretende mostrar los efectos de la simplificación del **Derecho de Sociedades**, especialmente en relación con la teoría del contrato y la superación del requisito de pluralidad en el ámbito del Mercosur. En su desarrollo se privilegió una metodología basada en el análisis documental, bajo la forma de fuentes secundarias: doctrina, jurisprudencia y normatividad.*

## **Palabras Claves**

*Sociedad unipersonal, contrato de sociedad, flexibilización societaria, Mercosur.*

## **Abstract**

*This paper aims to show the effects of the simplification of company law, especially regarding contract theory and overcoming plurality requirement in Mercosur. Privileged in its development methodology based on document analysis, in the form of secondary sources: doctrine, case law and regulations.*

---

1 Norma Nieto Nieto PhD c. en Derecho Universidad de Buenos Aires, Magíster en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, abogada de la Universidad de Antioquia. nnietoni@eafit.edu.co.



## Key words

*Individual corporation, association agreement, corporate flexibility, Mercosur.*

## Introducción

El presente escrito parte de proponer como la teoría *contractualista* de las sociedades ha regido durante casi dos siglos en los países latinoamericanos, a partir de las recepciones de normas tomadas del derecho europeo: español, francés y alemán, en la segunda mitad del siglo XIX, en el período conocido como la codificación; ha sido refrendada por la doctrina y confirmada por la jurisprudencia. En segundo lugar, destaca cómo desde las últimas décadas del siglo XX las corrientes hacia la flexibilización y simplificación del *derecho societario*, auspiciadas por las tendencias globalizadoras, reclaman un cuerpo normativo para la atención de los fenómenos económicos y jurídicos relacionados con las sociedades más leve, que privilegie en mayor medida la autonomía de la voluntad sobre la idea del derecho societario con fuertes tintes de normas que pretenden salvaguardar del orden público como límite y en consecuencia contienen abundantes elementos indisponibles y reiteradas reglas de tipicidad estricta.

Finalmente a partir de los principales elementos propios de la simplificación del derecho societario, concretamente de la unipersonalidad, tanto en la constitución como en el funcionamiento de las sociedades; muestra la situación actual y principales perspectivas de la admisión de sociedades nacidas de un acto unilateral de voluntad en el MERCOSUR.

## 1. Antecedentes históricos de la pluralidad como sustrato necesario a las sociedades.

### 1.1 Las prácticas mercantiles.

La razón fundamental en la que encuentra sustento el surgimiento de las sociedades coincide con la necesidad de otorgar a los particulares un mecanismo jurídicamente seguro, que les proporcionara, como efecto, la limitación de su responsabilidad frente a terceros, en relación con la *teoría del patrimonio*, según la cual a cada persona corresponde uno y sólo un patrimonio indivisible. Por ello, en tanto se aceptaba que luego del cumplimiento de ciertos ritos se creaba un ente que sería el titular de un patrimonio distinto y separado del de sus integrantes, se lograba, también, la conformación de grupos de acreedores diferentes y de prendas comunes para ellos. Los acreedores de los socios tenían como prenda el patrimonio de éstos, y los acreedores de la sociedad tenían como prenda el patrimonio de la persona jurídica reconocida por el derecho.



La técnica de la sociedad se adecuaba a las exigencias de un capitalismo naciente que reclamaba recursos económicos para el desarrollo de la actividad empresarial. La sociedad como mecanismo jurídico-económico permitía la reunión de varios sujetos que aportaban y la atracción de ahorro público para conformar un fondo social solvente y desarrollar el objeto social.<sup>2</sup>

Los orígenes históricos de las sociedades como agrupaciones, y su inclusión en las normas basados en contratos, o por lo menos, siempre sustentados en la pluralidad de sujetos que concurren con el objetivo de reunir capitales y eventualmente asegurar una labor común para empresas de alto costo que no podría sufragar o acometer un solo sujeto, fueron determinantes para una concepción jurídica de la sociedad como contrato.

En los antecedentes históricos de las sociedades encontramos que sus primeras manifestaciones, para algunos autores, tuvieron lugar en la antigua Babilonia<sup>3</sup>, pues el Código de Hammurabi reconocía la unión de esfuerzos para permitir el logro de determinadas finalidades, al plantear ciertos recursos jurídicos para la conformación de agrupaciones asociativas. En Grecia pueden identificarse los contratos llamados de *nautikondancion*, de estrecha relación con la actividad marítima, en los que intervenían dos partes. La primera entregaba un aporte y un buque a la segunda, llamada Armador; a cambio, este último, si la actividad mercantil resultaba exitosa, devolvía el aporte y un interés variable según el riesgo de la empresa. Este contrato se destaca como un antecedente de la *commenda*, a su vez origen o antecedente remoto de la sociedad comandita y del contrato de cuentas en participación.

Posteriormente, en el Imperio Romano surgen dos antecedentes importantes, la *societas omnium bonorum*<sup>4</sup> donde se exigía a los partícipes aportar la totalidad de su patrimonio; ésta contaba, además, con una estructura familiar inflexible en la que se proscribía la entrada de terceros ajenos a la familia. Y la *societas unius negotiationis*, creada con el objeto de llevar a cabo transacciones de carácter internacional y para una sola operación o negocio, como la compraventa de esclavos. De esta última se derivan la *societatis vectigalium*, constituidas por publicanos para mediar en el cobro de los impuestos entre el Estado y los contribuyentes<sup>5</sup>, y la *societatis unius rei*, como un contrato consensual de buena fe en el que persiste la idea del *ius fraternitatis*; los participantes aportaban sus bienes singulares para la obtención de un beneficio común para todos los socios. De igual forma, a finales del siglo II surgen las *commendas*, como asociaciones en las que uno de los socios era anónimo, llamado capitalista, y las participaciones de los socios en el capital se dividían en partes iguales.

2 Sergio Le Pera: *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea de Rodolfo Dapalma y Hermanos, 1974, p. 25.

3 María Cecilia Marsili: *Sociedades comerciales, el problema de la tipicidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 15.

4 Gayo: *Institutas*, La Plata, Jurídica, 1975, p. 151.

5 Según Ripert, en ellas se admitía que los socios no eran copropietarios de una indivisión, sino que tenían bienes comunes como propiedad colectiva administrada por uno o varios de ellos; sus aportes forman un patrimonio social distinto del de cada uno. Georges Ripert: *Tratado elemental de derecho comercial*, Buenos Aires, Labor, 1988, p. 20.





Pero todas estas alusiones a las primeras formas asociativas no constituyen antecedentes muy definidos de las sociedades. Los primeros rasgos típicos de la estructura jurídica de éstas aparecen en la Edad Media, a la par con el surgimiento de los bancos y las compañías marítimas en Italia y de las sociedades familiares en Alemania.

Al finalizar las *invasiones bárbaras*, en el siglo XII, se reactiva el deseo de expansión e intercambio, y se constituyen, en Venecia, *la collegantia* y, en Génova, *la societas maris*, en la que intervenían un gestor o tractans que aportaba un cuarto del capital y se comprometía a ejecutar el transporte marítimo, y un capitalista que aportaba dos terceras partes de los gastos de la empresa; al final de la expedición, el tractans retenía su cuarta parte por el aporte y una cuarta parte por los beneficios obtenidos, y el capitalista recuperaba el aporte más la ganancia de la empresa en sus tres cuartas partes.

En la misma época, aunque no de forma simultánea, surgieron los contratos de commendas. En ellos intervenía el *socio commendator* o *socio stantus*, quien aportaba el 100% del capital o las mercaderías o el buque, permanecía oculto y asumía todo el riesgo de la empresa; por su parte, el *tractator* o *commendatario* acometía la expedición marítima con los bienes entregados por el *commendator*. Para garantizar el anonimato del *commendator*, la vinculación entre las partes era exclusivamente interna y regulada por escrito.

En 1407, en Génova, se fusionaron las compañías que desarrollaban actividad bancaria y se creó la *Banca Di San Giorgio*, que absorbió la totalidad de las sociedades financieras prestamistas del Estado; paulatinamente, se convirtió en suministrador de crédito a la República, recibió depósitos de los ahorristas y concedió créditos a los particulares. Al mismo tiempo, surge en Alemania la *Magna Societas Allemanorum*, estructurada sobre la empresa familiar y dedicada al desarrollo del comercio al por mayor, actividad que, al internacionalizarse, requirió capitales que recibió de inversionistas como capital de riesgo a cambio de un beneficio o tasa fija.

A partir de la última década del siglo XV, con los descubrimientos geográficos, se desarrolla el comercio internacional, y, con ello, las estructuras asociativas existentes necesitaron nuevas formas acordes con las exigencias del emprendimiento de las nuevas conquistas. A comienzos del siglo XVII surgen, en 1602, la Compañía Holandesa de las Indias Orientales<sup>6</sup>; en 1612, la Sociedad Inglesa de las Indias Orientales; y en 1616 y 1649, compañías similares en Dinamarca y Portugal. Francia funda, en 1664, la Compañía de las Indias Orientales y, en 1686, la Compañía General de Seguros y Préstamos a la Gruesa.<sup>7</sup> Estas

6 “El desarrollo inusitado del comercio en el siglo XVI, ayudado por la aparición del liberalismo económico y la configuración del capitalismo comercial o mercantilismo, constituye el nuevo ambiente capitalista en donde toman importancia Holanda y luego Inglaterra. Holanda crea sus primeras sociedades, entre ellas la Compañía Holandesa de las Indias Orientales. Amsterdam empieza a jugar el papel de centro comercial a través de su bolsa (su edificio se inauguró en 1611), mediante el intercambio de letras de cambio las cuales ahora ya están plenamente configuradas como negociables y de las acciones de las nuevas compañías”.

Ramiro Rengifo: Bancos comerciales y operaciones bancarias, Medellín, Universidad de Antioquia, 1990, p. 24.

7 Francesco Galgano: Storia del diritto commerciale, Barcelona, Laia, 1980, p. 75.



sociedades contaban con un capital representado en acciones y con un órgano de decisión colegiado denominado asamblea.

Se reafirma en ellas la noción de capital social formado con los aportes de los accionistas, de tal suerte que si el patrimonio social debe ser separado del patrimonio de los socios, es necesario que éste pertenezca a una persona. Por ello, con el advenimiento de las sociedades de capitales, donde el patrimonio de los socios es indiferente, se requirió personificarlas. Para las grandes compañías, donde ningún socio respondía personalmente, se otorgó la personalidad por una concesión de autoridad expresada en una *carta real*.<sup>8</sup>

Esta configuración de las sociedades basadas en negocios asociativos, de colaboración, que permiten la confluencia de capitales y esfuerzos, acompañadas de un esquema organizativo para el desarrollo del objeto social, aunados a la necesidad de contar con una personificación artificial del ente, que logre la separación patrimonial entre constituyentes y sociedad, se erige como el antecedente práctico que motiva a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia a sustentar la pluralidad como requisito de esencia del contrato que da surgimiento al sujeto societario.

## **1.2. Antecedentes de la idea de la sociedad como contrato. La consagración legal**

En los antecedentes históricos, las prácticas y la concepción acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad que desde sus inicios tuvo el legislador son coincidentes. La *Ordenanza francesa del comercio* de 1673 incluyó una normativa para las *compañías* con rasgos como los de la comandita actual, legisló sobre la sociedad colectiva y la denominó como *general* o *libre*. Las *Ordenanzas de Bilbao*, de 1737, sobre *compañías de comercio*, regularon las sociedades generales o colectivas e introdujeron el requisito de publicidad para su constitución, registro que, a diferencia de la codificación mercantil francesa de 1808, se conservó en la promulgación del Código de Comercio español de 1829. El Código de Comercio francés de 1808 contenía un régimen jurídico específico para las sociedades comerciales y establecía diferencias entre la sociedad colectiva o de personas y las sociedades de capital; introdujo el concepto de empresa y de sociedad anónima. Sin embargo, hacía falta un instrumento propicio para los pequeños y medianos empresarios. Por ello, la ley alemana de 1892 crea la sociedad de responsabilidad limitada (*gesellschaft mit beschränkter haftung*), de manera que lograra adaptarse a la naturaleza de sus negocios.

---

<sup>8</sup> Georges Ripert, *Op. cit.*, p 2.



En los países de Latinoamérica, la principal fuente de recepción de derecho positivo mercantil fueron los códigos europeos (el francés de 1808 y el español de 1829)<sup>9</sup>, aunque, sin duda, contenían normas que sobrepasaban sus necesidades y las estructuras de su comercio. En Brasil se promulgó el Código de Comercio en 1850; algunas de sus reformas, para mencionar solo las principales, fueron los decretos 2627 de 1940, sobre sociedades por acciones, y 7661 de 1945, sobre quiebras. México expidió su Código de Comercio en 1854, reformado casi en su integridad en 1889 por un código vigente desde el primero de enero de 1890 y de nuevo modificado por la Ley de 28 de julio de 1934, Ley General de Sociedades Comerciales, y por la Ley de Quiebras y Suspensiones de Pagos, de 31 de diciembre de 1942, siendo las reformas mencionadas las de mayor relevancia.

En 1890 se expide el Código de Comercio argentino, cuyas principales reformas se introdujeron: por la Ley 11.719 de 1933, Ley de Quiebras, y por la Ley 19.550 de 1972, Ley de sociedades comerciales. El 1 de enero de 1867 empieza a regir en Chile el Código de Comercio, modificado por la Ley 3918 de 1923, sobre sociedades de responsabilidad limitada, y por el Decreto 1931, sobre sociedades anónimas.

La actividad societaria presentaba desde entonces, y aún hoy, tal agilidad en sus operaciones que reclamaba al derecho, de forma urgente, una regulación adecuada para sus realidades; así, la mayoría de las reformas a los primeros códigos hispanoamericanos, expedidos en el siglo XIX, obedecen a la materia societaria, permitiéndoles a las sociedades mayor estabilidad, desarrollo e instrumentos para afrontar las situaciones de crisis empresarial.

## **2. La crisis del contractualismo. El debilitamiento de la pluralidad como requisito esencial.**

En la mayoría de los ordenamientos latino americanos rige una estricta *teoría contractualista y pluralista de las sociedades comerciales*, sustentada, fundamentalmente, en prescripciones normativas contenidas en los códigos de comercio y las leyes de sociedades, trabajos de la doctrina y las decisiones de las cortes. Sin embargo, desde mediados de la década de 1950 se discute en algunos sectores de la doctrina internacional y local acerca del advenimiento de una teoría que defiende la posibilidad de constitución y personificación jurídica de sociedades originadas en actos unilaterales de voluntad. Que supera la

---

9 Para un completo análisis del tema se sugiere consultar a: Carlos Malagarriga: Tratado elemental de derecho comercial, Buenos Aires, Tipografía Editora, 1950, p. 44; Julio Olavarría: Manual de derecho comercial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1950, p. 164; Gabino Pinzón: Introducción al derecho comercial, 3ª. Edición, Bogotá, Temis, 1985, páginas 19-25 y 37-67.



pluralidad como requisito de existencia de las sociedades. Durante los últimos veinte años, estas discusiones son cada vez más frecuentes y sustentadas en avances normativos y jurisprudenciales de orden internacional.<sup>10</sup>

Se ha discutido por la doctrina la existencia de un verdadero carácter contractual de las sociedades<sup>11</sup> luego del acto constitutivo y aun desde el momento mismo de su constitución, sobre todo, en el caso de las sociedades por acciones. En primer lugar, por la presencia de abundantes normas imperativas que regulan múltiples aspectos de las compañías, para la protección de los accionistas minoritarios y los terceros, o para regir las relaciones entre los accionistas, los administradores y los terceros acreedores de la sociedad, de suerte que la ley termina por definir la mayor parte de los elementos de organización, funcionamiento, responsabilidad, riesgo y extinción de la persona jurídica. Ello implica que el ámbito de la autonomía de la voluntad de los asociados constituyentes se restrinja, y que su poder de definición sobre el contrato y la persona jurídica mediante pactos convencionales sea cada vez más limitado y termine circunscrito a las estrictas reglas del tipo contenidas en la ley.<sup>12</sup>

Tratándose de sociedades de capital abiertas, cuando un inversionista adquiere acciones en el mercado bursátil difícilmente pretende convertirse en asociado, en el sentido real del término. Probablemente sólo adquiere los títulos al azar, por designación de su agente de cambio, su vendedor o su banquero; en unos días o meses las revenderá y poco le importará el número o el carácter de los otros accionistas o de los representantes de la sociedad. Difícilmente puede sostenerse que el accionista que adquiere el papel en el mercado celebra un contrato de sociedad con un ánimo de permanencia en él o, por lo menos, con un *animus societatis* definido. Este inversionista tiende a entender la acción más como una mercancía que como el documento constitutivo de un estatus de accionista que le permite participar mediante el ejercicio de derechos políticos. No discute el contenido del contrato, más bien se adhiere al contenido del acto constitutivo y sus reformas.

---

10 La legislación del Estado de Delaware en el artículo 101 (a) de la Ley general de sociedades reconoce que “Cualquier persona, sociedad de personas, asociación o sociedad de capitales, individual o conjuntamente con otros y sin consideración a su lugar de residencia, domicilio o Estado de constitución, puede formar una sociedad de capitales, en los términos de este capítulo”. Igualmente, la legislación británica reconoce la sociedad unipersonal en la Ley de compañías limitadas privadas de un solo socio, expedida en 1992. Como también lo hace la Duodécima Directiva de la Unión Europea sobre sociedades de capital unipersonales (Consejo de la Comunidad Europea, 1989). En Francia se creó la Sociedad por Acciones Simplificada en 1994, reformada posteriormente en 1999 y 2001. En Colombia la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 creó un tipo societario independiente, conocido como Sociedad por Acciones Simplificadas, que autoriza la constitución, con el beneficio de la personalidad jurídica de sociedades de constituyente único, con un amplio desarrollo de instrumentos de simplificación del derecho societario.

11 “Hay que destruir esta gran ilusión y para ello hay que empezar por confesar que los juristas han mantenido erróneamente la idea de que la sociedad por acciones se crea y vive por el juego del contrato”.

Georges Ripert: Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Granada, Comares, 2001, p. 80.

12 Yves Guyon: Les sociétés Aménagements statutaires et conventions entre associés, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1999, p. 20.



En muchos países donde se exige la celebración del contrato y la pluralidad de sujetos como requisito de existencia, los empresarios que quieren gozar de los beneficios de la personalidad jurídica para su actividad empresarial individual tienen que optar bien por constituir una empresa unipersonal<sup>13</sup>, que en todo caso no tiene el carácter de sociedad, aunque cuenta con el beneficio de la personalidad jurídica, o bien adherir unos socios ficticios que aparecen en el acto constitutivo con la sola finalidad de cumplir el requisito legal. De esta forma optan por “socios testaferros” que solo aparecen en el papel para dar cumplimiento a las formalidades de constitución regular.

Gaillard, citado por Ripert, sostiene la existencia de la llamada *teoría de la institución*, en oposición a la teoría del contrato. Aquella defiende que la mayoría en las sociedades de capital es una mayoría calculada por acciones, no por cabezas; por tanto, se precisa suponer que la minoría ha aceptado por anticipado las decisiones de la mayoría. De manera que si la asamblea toma decisiones sobre modificaciones no previstas al momento de la formación de la sociedad, lo cual puede hacer reunida bajo condiciones especiales de quórum y mayorías, y afecta de forma importante los estatutos, puede destruir el contrato. De esta manera, la sociedad que cambia y se transforma deja de parecer contrato para ser institución<sup>14</sup>.

Otros, como Bainbridge, citado por Reyes Villamizar<sup>15</sup>, proponen la teoría del nexo contractual, según la cual, desde el punto de vista de la función económica esencial que cumplen las sociedades: el sujeto societario no es un ente, sino más bien un nodo en el que confluyen contratos explícitos e implícitos mediante los cuales se establecen derechos y obligaciones entre todos los participantes.

---

13 Que en Colombia, por remisión expresa del artículo 80 de la Ley 222 de 1995, se asimila en algunas de sus más importantes características a las sociedades de responsabilidad limitada.

Colombia, Congreso de la República, Leyes, Ley 222 de 1995 por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial 20 de diciembre de 1995, artículo 80.

14 G. Ripert, Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Op. cit., p. 80.

15 Francisco Reyes Villamizar: Derecho societario en Estados Unidos. Introducción comparada, 3ª ed., Bogotá, Legis, 2006, p. 18.



### 3. Globalización y simplificación del derecho societario en el MERCOSUR.

#### 3.1 Globalización y simplificación del Derecho Societario.

Respecto a las legislaciones sobre derecho societario vigentes en el mundo, pueden identificarse dos modelos históricos. El primero, con influencia directa del derecho continental europeo, se hace visible en los códigos y leyes de los países latinoamericanos fruto de la recepción acontecida sobre todo en el siglo XIX<sup>16</sup>, y se caracteriza por una tendencia iuspublicista que pretende: 1) salvaguardar el orden público mediante una estructura legal indisponible en cuanto a la atribución de la personalidad bajo requisitos mínimos para la constitución; 2) anticipar un reparto de poderes intra orgánico, de riesgos y de responsabilidades; 3) proveer mecanismos de tutela para los socios minoritarios, terceros, trabajadores, el mercado y el Estado y 4) desplegar reglas con el fin de tutelar la empresa y el crédito. El segundo, por su parte, corresponde más al modelo anglosajón y enfatiza en el carácter del derecho societario como mecanismo: 1) para reducir los costos de transacción en el mercado; y 2) intervenir las formas de convivencia entre los socios; y defender los esquemas de sociedades cerradas, en un escenario contractual, de ejercicio de la libre autonomía negocial, en el que los riesgos son aceptados por los socios en un juego de libre mercado, en el que no se justifica la intervención estatal, pues no existe interés público y cada participante asume sus riesgos.

A efectos de facilitar el tráfico de los negocios, la *Globalización* propone establecer mecanismos idóneos para compatibilizar las legislaciones internas de los países. Por ello en las últimas décadas asistimos a estrategias reiteradas compuestas por incentivos tendientes a propiciar la uniformidad normativa<sup>17</sup> mediante la presión internacional hacia el segundo modelo descrito: el contractual. Ello implica: 1) simplificar, flexibilizar o desregular en algún grado el derecho societario, mediante la supresión o minimización de: el concepto de orden público, la consagración de reglas sobre tipicidad y regularidad, lo que en consecuencia conlleva a reducir también el ámbito de las causales de nulidad del negocio jurídico societario y 2) admitir nuevas instituciones tales como: los acuerdos para estatutarios o de accionistas, el arbitraje societario como forma de jurisdicción equivalente o delegada para la solución de controversias y el denominado derecho societario electrónico, entendido como la aceptación

---

16 “El texto del Código redactado por el jurista uruguayo Eduardo Acevedo y el argentino Dalmacio Vélez Sársfield fue aprobado para la provincia de Buenos Aires en 1857 y para toda la República Argentina en 1862. El mismo Código fue adoptado por Uruguay en 1865 y por Paraguay en 1870. Además, entre 1846 y 1870 rigió en Paraguay el Código español de 1829. La diversidad en las fuentes determina, que si bien la legislación societaria de los países del Mercosur presenta cierta simetría formal o estructural, previéndose sustancialmente los mismos tipos sociales, presenta en cambio una importante asimetría funcional, en la medida en que las fuentes de sus respectivas legislaciones prevén un funcionamiento diferente de los diversos tipos sociales”.

Ricardo García Olivera: *Estudios de Derecho Societario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 143.

17 “... La uniformidad del derecho comercial con base a la mejor (es decir la más eficiente y equitativa) práctica comercial es un requisito esencial para poder participar exitosamente en un mercado cada día más competitivo. Y es que la competitividad depende no solo de una mayor productividad del comerciante, agricultor o del industrial sino también de un menor costo negocial proveniente de una contratación menos formalista aunque igualmente predecible o cierta, y de una adjudicación más justa ágil y menos inmovilizadora de las operaciones del mercado”. (El subrayado es original en el texto).

Boris Kozolchik: *La contratación comercial en el Derecho Comparado*, Madrid, Dykinson, 2006, p. iv.



de los medios electrónicos para la constitución de las sociedades y el funcionamiento de los órganos de dirección (asambleas generales de accionistas y juntas de socios) y de ejecución (directorios, juntas directivas y otros equivalentes).

Esta presión internacional favorece los intereses de las multinacionales y el capital financiero internacional, por cuanto las flexibilizaciones descritas facilitan la acción de las sociedades constituidas en el extranjero, las integraciones económicas organizadas bajo los esquemas de grupos de empresas y la autorización para la creación de las sociedades unipersonales como vehículos de colocación de inversión extranjera bajo el esquema de filiales. Estos movimientos, cada vez más fuertes hacia la armonización legislativa con muestras importantes de adhesión al modelo anglosajón, requieren en todo caso un sistema de contrapesos que propongan o salvaguarden regulaciones previas para la protección de intereses colectivos y la prevención o desincentivo de inconductas económicas.

La flexibilización de requisitos, desarrollada a partir de la aceptación de la unipersonalidad corporativa, corresponde al influjo de corrientes que abogan por la supresión de trámites y solemnidades para la constitución y funcionamiento de las sociedades comerciales, que faciliten el acceso de los agentes económicos a los mercados a través de la formalización de emprendimientos con adecuados niveles de eficiencia en términos de costos y tiempo que transcurre para la legalización y formalización de una empresa y los requerimientos legales para su funcionamiento. A nivel latinoamericano es importante destacar el caso de Colombia, que en diciembre de 2008 acogió un nuevo tipo societario, autónomo denominado Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). Se trata de un estatuto especial que no afecta la regulación para los otros tipos contenidos en el Código de Comercio de 1971. Permite la unipersonalidad societaria desde la constitución, el objeto social indeterminado, la duración indefinida y flexibiliza las formalidades y requisitos de publicidad. Privilegia el concepto de sociedad contrato, entendido como un amplio ejercicio de la autonomía negocial. Favorece la libre conformación orgánica, permite la creación libre de tipos o especies de acciones y la atribución de los derechos que les conciernen, fortalece los acuerdos para estatutarios, viabiliza el voto múltiple y el voto fraccionado, centraliza la solución de conflictos vía mecanismos alternos -como el arbitraje- y delega la función jurisdiccional en la Superintendencia de Sociedades (organismo adscrito al poder ejecutivo, encargado de la fiscalización gubernamental de las sociedades). La implantación de tipos flexibles o de reglas que buscan sustentar excepciones a la tipicidad estricta de las sociedades genera algunas fricciones y acomodamientos en los sistemas de derecho societario vigentes en los países que adhieren a estas tendencias.

En algunos casos es posible sostener que se presenta una huída de los agentes económicos desde las normas antecedentes hacia reglas que proponen las formas flexibles, sobre todo cuando incluyen estatutos completos e independientes con carácter de especialidad. Un efecto similar se produce cuando los sistemas son muy rígidos, propiciando la huída hacia normas de derecho civil, laboral, administrativo o de atención a la insolvencia que suelen facilitar el emprendimiento bajo esquemas no societarios o societarios con flexibilizaciones como estatutos especiales.



Es de destacar también la consolidación de mercados de leyes que generan competencia entre los Estados por la atracción de empresarios y grupos económicos extranjeros, interesados en constituir filiales de sociedades bajo una legislación más leve, que represente eficiencia para la penetración de los mercados. Con la finalidad de mejorar la regulación para acercarse al objetivo de obtener un equilibrio entre regulación y competitividad, que logre sustentar o coadyuvar a la ecuación creatividad vs. marco institucional.

La flexibilización, en el sentido anotado atrás, busca establecer herramientas que faciliten a los agentes económicos la constitución, formalización y desarrollo de empresas de manera eficiente desde el punto de vista económico, jurídico y administrativo. Instrumentos con capacidad para atraer inversionistas con potencialidades en la generación de empleo y riqueza y con niveles importantes de estabilidad y seguridad jurídicas, tales como: la limitación de la responsabilidad hasta el monto de los aportes, lo que permite un balance positivo entre rentabilidad y riesgos; la amplia libertad al momento de configurar los órganos, lo que posibilita la fijación de reglas hacia el futuro; simplificación del proceso liquidatorio para facilitar la salida del mercado; la posibilidad de conformación tanto uni como pluri personal lo que incentiva la inversión extranjera mediante la creación y constitución de filiales; los dispositivos de relevancia para contribuir a la iniciación y desarrollo formal de pequeñas, medianas y microempresas a saber: facilitar la formalización de empresas dada la supresión y flexibilización de trámites para la constitución. Se trata de tipos desarrollados en escenarios con amplia autonomía negocial, que permitan fijar las reglas que van a regir el funcionamiento de las sociedades de acuerdo a los intereses particulares; el establecimiento de cláusulas de negociabilidad de acciones y voto múltiple que faciliten definir previamente las relaciones entre los accionistas; y estrategias para excluir el patrimonio familiar de compromisos en relación con el desarrollo empresarial. Diversas tipologías de acciones que dan lugar a variadas emisiones como fuente de financiación alternativa, los roles de accionistas previamente establecidos; apertura de los plazos para la financiación del capital; la obligatoriedad de órganos de control interno, tales como la revisoría fiscal, solo en caso de emprendimientos maduros; y mayores plazos para superar las causales de disolución.

### **3.2 Unipersonalidad societaria en el MERCOSUR**

En el caso del MERCOSUR la armonización legislativa en materia de derecho societario se enfrenta a la tradición jurídica que ha propiciado el desarrollo y condiciones actuales de los regímenes de los países que lo integran, con fuertes orígenes en las fuentes europeas. Argentina, Uruguay y Paraguay con matices propios de la herencia francesa e italiana y Brasil con algunos ingredientes propios de la tradición germana. Pero en todo caso, con importantes coincidencias en sus principales instituciones que nos permiten identificar el primer modelo histórico del derecho societario, iuspublicista, dotado de herramientas cuya finalidad principal se enfoca en la tutela del crédito y la empresa. Sin embargo, persisten muchas materias pendientes de armonización como coadyuvante para la libre circulación interior: la ley aplicable a las sociedades extranjeras, el régimen de regulación de filiales, la unipersonalidad societaria inicial y sobreviniente, los efectos de la atipicidad y una adecuada organización





registral societaria que garanticen la seguridad jurídica<sup>18</sup>, tanto internamente en los países que conforman en bloque, como a nivel regional e internacional; mediante el establecimiento de reglas claras, que se cumplan, con un nivel importante de estabilidad que permita fluir el tránsito del ahorro hacia la inversión productiva. Sobre la unipersonalidad societaria, que nos ocupa en este escrito, es importante revisar las normas de derecho interno en cada país con la perspectiva de comprender el estado actual y condiciones de posibilidad para un futuro próximo en relación con esta simplificación o flexibilización del derecho societario en el MERCOSUR.

### 3.2.1. Las legislaciones internas en los países del MERCOSUR

En la República Argentina el artículo 1 de la Ley 19.550 de 1972, (en adelante L.S) incluye como elemento del contrato de sociedad la pluralidad de socios, al disponer que el acto constitutivo no puede celebrarse sin la concurrencia de al menos dos socios. Dicha exigencia rige para la constitución y debe mantenerse durante toda la existencia de la sociedad. Sin embargo, frente a los eventos de unipersonalidad sobreviniente la L.S permite que la pluralidad se recomponga en el transcurso de tres meses, para evitar que emerja de forma definitiva una causal de disolución. Es claro que se trata de un requisito esencial, cuya ausencia genera un vicio del negocio jurídico bajo la especie de la inexistencia. Es importante destacar que la Resolución 7 del 23 de agosto de 2005, a través del artículo 55, faculta a la Inspección General de Justicia para verificar que la pluralidad sea real o material y no meramente formal. A cuyo fin le corresponde evaluar el aporte inicial de cada socio fundador, de manera que pueda conceptuar sobre la procedencia de la inscripción, estableciendo si el mismo reviste la relevancia económica, para que junto con el de los demás, conforme de forma efectiva el sustrato plurilateral.

Para el caso de las sociedades del Estado la Ley 20.705, de 31 de julio de 1974,<sup>19</sup> autoriza la unipersonalidad al reconocer la validez de su constitución por medio de actos unilaterales de voluntad del Estado. En el mismo sentido el artículo 48 de la Ley 24.522 (Ley de Concursos u Quiebras) admite la posibilidad de transferir la totalidad de cuotas o partes de capital a un solo acreedor y le concede un plazo de tres meses para recomponer la pluralidad de socios con la intención de evitar la consolidación de la causal de disolución contenida en el artículo 94 inciso 8<sup>20</sup> de la L.S.

18 "... somos de la opinión, que al menos en el caso de Argentina, corresponde mantener el modelo publicista aún cuando con alguna flexibilización que lo adecue a los nuevos tiempos, valores económicos y tecnologías. Tal adecuación en modo alguno podrá desatender la tutela de los intereses de los socios, sometidos al principio mayoritario, ni de sus herederos y acreedores, tampoco los de los acreedores sociales, de los trabajadores y de los consumidores, para los cuales, conforme a principios mundialmente aceptados debe preservarse el valor de los activos de la empresa siendo responsables los administradores que no lo hubieran hecho frente a la insolvencia". Favier Duvois y Eduardo M, "El balance negativo de la armonización societaria en los países del Mercosur", en: Daniel Roque Vitolo y José miguel Embid Irujo, *El derecho de sociedades en un marco supranacional*, Granada, Comares, 2007, p. 8.

19 "Las sociedades del Estado podrán ser unipersonales y se someterán, en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la presente ley, no siendo de aplicación lo previsto en el artículo 31 del decreto ley 19.550/72.". Argentina, Congreso Nacional, *Leyes, Ley 20.705 Diario Oficial*, Buenos Aires, Publicada el 31 de junio de 1974, artículo 2.

20 "Reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres meses. Lapso en el que el único dueño será responsable solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales contraídas". Argentina, Congreso Nacional, *Leyes, Ley 19.550, Diario Oficial*, Buenos Aires, Publicada el 3 de abril de 1972, artículo 94 núm. 8°.



Resulta claro entonces que para el derecho societario argentino vigente no está permitida la unipersonalidad en sociedades con participación de sujetos de derecho privado, tanto en la constitución como la que sobreviene de forma permanente, con el beneficio de la personificación jurídica, que es el antecedente necesario para la separación patrimonial y la limitación de la responsabilidad.<sup>21</sup>

Es importante recordar las propuestas que sobre el tema contienen el Anteproyecto de reforma a la Ley de sociedades comerciales de 2003 y el Proyecto de 2005, producto de las revisiones y reflexiones sobre el anterior, pues ambos proponen la aceptación legal de la sociedad unipersonal para el esquema propio de los tipos de sociedades de responsabilidad limitada y anónima, frente a la cual la doctrina<sup>22</sup> ha expresado algunas reservas especialmente enfocadas a la ausencia de un adecuado sistema de contrapesos y limitaciones. Aunque el proyecto no se debate actualmente en el trámite legislativo muestra la tendencia de parte importante de los expertos en el tema a nivel local.

Por su parte en la República Oriental del Uruguay la Ley 16.060 de 1º de noviembre de 1989 consagra que el sujeto de derecho atribuido a la sociedad nace desde la celebración del contrato social<sup>23</sup>, el cual en virtud del artículo 1º de la mencionada Ley se conforma con la presencia de los siguientes elementos: dos o más personas físicas o jurídicas, que se obliguen a realizar aportes, para una actividad económica organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca. Como en el caso argentino, la ley uruguaya consagra como causa de disolución, en el artículo 159 numeral 8º, la reducción a uno del número de socios, en relación con el evento de rescisión que afecta la pluralidad, contenido en el artículo 156. En virtud de este último el socio restante puede optar por disolver la sociedad o continuarla incorporando nuevos socios, dentro del plazo de un año. Lo que constituye un claro evento de unipersonalidad sobreviniente transitoriamente válida y además no aplicable, por expresa restricción legal, para las sociedades anónimas y comanditas por acciones,<sup>24</sup> es decir, que en caso de quedar reducidas a un solo accionista no se disuelven y podrán seguir actuando como sociedades unipersonales, bajo el tipo de las de responsabilidad limitada.

21 “Las sociedades son una especie de la categoría de las personas jurídicas (art. 33 y siguientes del C.C) destinadas a satisfacer las necesidades del fenómeno negocial empresarial, por lo que no es ilógico aceptar que ésta pueda ser unimembre y, como toda persona jurídica, podrá nacer también de un acto jurídico bilateral, unilateral o de un acto normativo del Estado. Para nuestro derecho, la pluralidad de socios no es un requisito técnico jurídico esencial para la existencia de la persona jurídica sociedad. Deja entonces de ser dogmática la cuestión y pasa a ser un tema de política legislativa”.

22 Favier Duvois y Eduardo M, *Op. cit.*, pp. 3-14.

23 “La concepción por la cual la sociedad comercial es un contrato deriva del Derecho romano y fue adoptada por el Cod. De Com. Francés de 1808 que, al tratar las sociedades comerciales, comienza diciendo que “ el contrato de sociedad se regula por el Derecho Civil, por las leyes particulares del comercio y por las convenciones de las partes. (art. 18). Por su parte, el Co. Civ. Francés (art. 1832) expresaba que “La sociedad es un contrato”. El mismo criterio fue acogido por los códigos que sirvieron de fuente al Cod. de Com. Uruguayo, tales como el Código español de 1829 (art. 264), el portugués de 1883 (art. 547) y el brasileño de 1850 (art.300). también fue esta la solución recogida por el Cod. de Com. Italiano de 1883 (art. 87)”.

Ricardo García Olivera, *Op. cit.*, p. 67.

24 Argentina, Congreso Nacional, Leyes, Ley 16. 060, Diario Oficial, Buenos Aires, Publicada el 1º de Noviembre de 1989, Artículo 158.



A su vez, el precepto contenido en el artículo 166 de la Ley 16.060 consagra la figura de la reactivación de la sociedad disuelta, aplicable en el caso del mencionado numeral 8° del artículo 159, mediante la cual los socios podrán decidir la continuidad de la sociedad por resolución de la mayoría que se requiera para modificar el contrato y siguiendo las reglas propias de esta reforma. Sin embargo, las voces de la doctrina reconocen, en la prohibición de la unipersonalidad, más que un problema de dogmática un asunto de política legislativa.<sup>25</sup>

En el sistema de derecho privado de Paraguay no cabe duda acerca de la concepción de la sociedad como un contrato o por lo menos siempre nacida de un contrato, al punto que su regulación está contenida en el Código Civil, Ley 1.183 de 1985<sup>26</sup>, en el Libro 3, denominado: “De los contratos y de otras fuentes de obligaciones”<sup>27</sup>, Capítulo XI De la sociedad. Al tenor del artículo 959 por el contrato de sociedad dos o más personas, creando un sujeto de derecho se obligan a realizar aportes para producir bienes o servicios de forma organizada con el ánimo de participar de los beneficios, pero también de las pérdidas. Las sociedades en el derecho paraguayo adquieren la personalidad jurídica desde su inscripción en el registro correspondiente y una de las causas de disolución contenida en el artículo 1003 literal e) se refiere al evento de la muerte de uno de los socios cuando estos sean solo dos.

Es importante enfatizar en que la Ley 1034 de 1983, conocida como “Ley del comerciante” derogó y reemplazó el Libro I del Código de Comercio e incorporó la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada<sup>28</sup> cuyo constituyente único puede ser cualquier persona física capaz de ejercer el comercio.

Las normas sobre derecho societario brasilero también adhieren a la teoría contractualista de la sociedad, y por consiguiente desarrollan la pluralidad en los preceptos que la componen. Ejemplo de ello es el artículo 1 de la Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 al consagrar que la sociedad anónima tendrá el capital dividido en acciones y la responsabilidad de los socios o accionistas será limitada al precio de emisión de las acciones suscritas a adquiridas. A su vez el artículo 88 numeral 2 literal a), que se refiere a la constitución por suscripción particular, menciona, como un requisito de la escritura pública firmada por los suscriptores, indicar la cualificación de todos ellos, siempre se refiere de manera plural. Pero quizás la

---

25 “Hemos propiciado reiteradamente alivianar de peso las soluciones legales, consagrando formas flexibles para evitar la nulidad por atipicidad y la posible disolución de la sociedad por irregularidad, creando un amplio marco en un tipo genérico de sociedades; la admisión de sociedades con un solo socio; la plástica del contrato social; la admisión de pactos societarios más amplios que eviten la calificación de leoninas de ciertas cláusulas y otras disposiciones para facilitar el acceso y desarrollo de la actividad económica. El viento fresco debe remover el aire viciado de estancamiento y sordidez que surge de una interpretación autoritaria en la que prime la voluntad ocasional del legislador o del aplicador y no la libertad del ciudadano, para incentivar los negocios lícitos y el bienestar de la sociedad en su conjunto. Una ventana debe abrirse para esa entrada de aire puro y renovador, ventana a través de la cual se podrá mostrar a las nuevas generaciones el horizonte de libertad digno de sociedades maduras y responsables. Quien tiene miedo a la libertad posiblemente no la merezca”. Hector Alegría, “Prólogo”, en: Ricardo García Olivera: Estudios de Derecho Societario, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 12.

26 Modificado por la Ley 388 de 1994.

27 Paraguay, Congreso, Leyes, Ley 1.183, Asunción, Publicada el 23 de diciembre de 1985, artículos 1° y ss.

28 Paraguay, Congreso, Leyes, Ley 1034, Asunción, Publicada el 6 de diciembre de 1983, artículo 15.



norma más indicativa de la adhesión a la teoría contractualista es la contenida en el artículo 206 que se refiere a las causales de disolución e incluye en el literal d) la relativa la existencia de un único accionista, verificada en asamblea general ordinaria, si el mínimo de dos no fuera reconstituido dentro del año siguiente. Lo que, como en los ordenamientos mencionados con anterioridad, constituye una autorización legal para la unipersonalidad sobreviniente de forma temporal. En contraste la ley de sociedades de Brasil autoriza la constitución de subsidiarias integrales a cuyo efecto se autoriza su constitución mediante escritura pública teniendo como único accionista a una sociedad brasilera, en todo caso el accionista único es otro ente artificial, uno de existencia ideal.<sup>29</sup> Del mismo modo es posible la conversión de una sociedad anónima en subsidiaria integral, mediante su adquisición por sociedad brasilera de todas sus acciones, otro evento de unipersonalidad sobreviniente.

En 2008 se expide la Lei complementar No. 128 de 2008 que reconoce personalidad jurídica a empresas de pequeñas dimensiones al permitir a emprendedores individuales con un nivel de facturación anual hasta de \$R36.000, que no tengan participación en otra empresa como socios o titulares registrarse en el *Cadastro Nacional da Pessoa Juridica* (CDNPJ). Lo que demuestra otra contribución normativa a la autorización legal para la constitución de entes artificiales de único propietario, aunque todavía no sean sociedades en estricto sentido.

En la actualidad no existen normas de fuente internacional en el marco del MERCOSUR tendientes a la aceptación de la unipersonalidad en la constitución, y de forma sobreviniente con permanencia para las sociedades.

---

<sup>29</sup> Brasil, Congresso Nacional, Leis, Lei 6404 de 1976 Dispõe sobre as Sociedades por Ações., Articulos 251 y 252.



## Conclusiones

El esfuerzo de los Estados por ofrecer mecanismos jurídicos que permitan mejorar a nivel local internacional y regional los indicadores que miden el nivel de eficiencia para emprender, conformar y desarrollar la empresa, en algunos casos, han llevado al equívoco de identificar o aparejar las políticas económicas y públicas establecidas para esos fines, con intervenciones y modificaciones al sistema de derecho societario para simplificarlo y distanciar los límites derivados del concepto de orden público, materializados en restricciones a la autonomía de la voluntad de los constituyentes mediante reglas indisponibles y de tipicidad estricta.

La importación de esquemas societarios, bajo autorizaciones de nuevas instituciones, reducción de requisitos o conformaciones especiales de nuevos tipos flexibilizados, requiere reflexiones de fondo sobre la conveniencia de dichos trasplantes para que puedan ser compatibles con el sistema de derecho privado y societario receptor. En el caso de la constitución unipersonal más allá de los argumentos falaces sobre la mayor exposición al riesgo por la unipersonalidad misma, es preciso rodear su autorización de salvaguardas que protejan a los grupos de interés y desincentiven conductas empresariales proclives al abuso del derecho. Tales como dotar de mayor rigurosidad las normas sobre publicidad, capital y organización, mediante dispositivos que propongan esquemas con responsabilidad ilimitada en caso de incumplimiento o que habiliten estructuras propicias para la aplicación del abuso del derecho mediante la solidaridad o el desconocimiento de la personalidad jurídica.

Argentina, Paraguay y Brasil avanzan en sus proyectos legislativos tendientes a la aceptación de la unipersonalidad societaria y han aceptado legislaciones que reconocen la constitución mediante actos unilaterales de voluntad, de entes no societarios destinados al desarrollo de actividad empresarial, a partir de una autorización para su conformación como política para el fomento de emprendimientos de pequeñas dimensiones (micro, pequeñas y medianas empresas).

En el tema de la armonización legislativa en materia de derechos societario para el MERCOSUR resulta claro que deben superarse algunas diferencias de fondo importantes para la concreción y acceso efectivo a un verdadero mercado común. Lograrlo implica transacciones sobre las instituciones y reglas que contienen distinciones importantes en tópicos tales como: Libertad de establecimiento, trato nacional y repatriación de capital y beneficios. Más allá de ello, previamente se requiere armonizar las políticas macroeconómicas en los Estados que lo componen y enfatizar en la concreción y efectiva aplicación de acuerdos multilaterales.



## Bibliografía

Aguirre, Hugo y Eduardo Chiavassa, Roitman Horario, *Manual de Derecho de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 11.

Alegría, Hector, "Prólogo", en: Ricardo García Olivera: *Estudios de Derecho Societario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 12.

Beatríz Bugallo, Alejandro Miller, *In memoriam*, Buenos Aires, Editotial B de F, 2007.

Cabanas, Trejo Ricardo, *Procedimientos simplificados de fusión de sociedades*, Barcelona, Editorial Bosch S.A; 2010.

Congreso, Paraguay, Leyes, Ley 1.183, Asunción, Publicada el 23 de diciembre de 1985, artículos 1º y ss.

\_\_\_\_\_, Paraguay, Leyes, Ley 1034, Asunción, Publicada el 6 de diciembre de 1983, artículo 15.

Congreso Nacional, Argentina, Leyes, Ley 19.550, *Diario Oficial*, Buenos Aires, Publicada el 3 de abril de 1972, artículo 94 núm. 8º.

\_\_\_\_\_, Argentina, Leyes, Ley 16.060, *Diario Oficial*, Buenos Aires, Publicada el 1º de Noviembre de 1989, Artículo 158.

\_\_\_\_\_, Argentina, Leyes, Ley 20.705 *Diario Oficial*, Buenos Aires, Publicada el 31 de junio de 1974, artículo 2.

Congreso de la República, Colombia, Leyes, Ley 222 de 1995 *por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones*, *Diario Oficial* 20 de diciembre de 1995, artículo 80.

\_\_\_\_\_, Colombia, Leyes, Ley 1258 de 2008 *por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada*, *Diario Oficial*, Bogotá, Publicada el 5 de diciembre de 2008, artículos 1-46.

Congreso Nacional, Brasil, Leis, Lei 6404 de 1976 *Dispõe sobre as Sociedades por Ações*, Artículos 251 y 252.

De la Gándara, Fernández Luis, *El derecho mercantil en el siglo XX*, Medellín, Cámara de Comercio de Medellín, 2011.



Duvois, Favier y Eduardo M, “El balance negativo de la armonización societaria en los países del Mercosur”, en: Daniel Roque Vitolo y José miguel Embid Irujo, *El derecho de sociedades en un marco supranacional*, Granada, Comares, 2007.

Kozolchyk, Boris, *La contratación comercial en el Derecho Comparado*, Madrid, Dykinson, 2006.

Galgano, Francesco, *Storia del diritto commerciale*, Barcelona, Laia, 1980.  
Gayo, *Institutas*, La Plata, Jurídica, 1975.

Guyon, Ives, *Les sociétés Aménagements statutaires et conventioms entre associés*, París, Librairie Geenérales de Droit et Jurisprudence, 1999.

Hierro, Anibarro Santiago, *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea de Rodolfo Dapalma y Hermanos, 1974.

Marsili, María Cecilia, *Sociedades comerciales, el problema de la tipicidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003.

Olivera, Ricardo García, *Estudios de Derecho Societario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

Rengifo, Ramiro, *Bancos comerciales y operaciones bancarias*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1990.

Reyes, Villamizar, Francisco, *Derecho societario en Estados Unidos. Introducción comparada*, 3ª ed., Bogotá, Legis, 2006.

Ripert, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares, 2001.

\_\_\_\_\_, *Tratado elemental de derecho comercial*, Buenos Aires, Labor, 1988.



# EL RECONOCIMIENTO DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO MEXICANO. ¿REALIDAD O UTOPIA?<sup>1</sup>

---

RECOGNITION OF INDIGENOUS LEGAL SYSTEMS IN INTERNATIONAL LAW:  
A SPECIAL REFERENCE TO MEXICAN LAW. REALITY OR UTOPIA?

---

✉ Por: Elí Rodríguez Martínez<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2013  
Fecha de aprobación: 6 de noviembre de 2013

## **Resumen.**

*El presente estudio tiene por objeto exponer sobre el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos indígenas por el Estado, conforme lo dispone el Derecho Internacional, así como señalar cuáles son las limitaciones que el propio Derecho, Nacional e Internacional, establecen reduciendo así su aplicabilidad.*

## **Palabras clave**

*Reconocimiento, derechos indígenas, ordenamientos jurídicos indígenas, derecho internacional.*

## **Abstract.**

*The object of this paper is to expound on the legal recognition of indigenous legal systems by the State, such as provided in International Law, and to identify what are the limitations or conditions that the Law, Internal and International, have established reducing its applicability.*

---

1 Ponencia dictada durante el III Seminario Permanente de Derecho Internacional del Anuario Mexicano de Derecho Internacional, celebrado en Querétaro, México, el 19 de septiembre de 2013.

2 Maestro. Profesor e Investigador en la Escuela Libre de Derecho, México. [eli.rodriguez.mtz@hotmail.com](mailto:eli.rodriguez.mtz@hotmail.com)





## *Key words*

*Recognition, Indigenous Law, Indigenous Legal System, International Law.*

## **Introducción**

Una de las características del Estado moderno, como respuesta a una realidad social e histórica, es el haber monopolizado la función legislativa; es decir, el Estado moderno asume como prerrogativa propia la facultad de crear el derecho a través de sus órganos, no pudiendo aplicarse más derecho que el del propio Estado.

Antes de la Conquista y de la colonización y aún antes de la formación de los Estados nacionales, los pueblos indígenas formaban una comunidad autorregulada a la cual se vino a superponer el Estado nacional, sin tomar en consideración los derechos originarios, los derechos históricos y la presencia física de los pueblos indígenas organizados de diferentes maneras desde tiempos inmemoriales.

Sin embargo, hay una preocupación constante del derecho internacional de los derechos humanos por la protección de las clases más desvalidas, entre ellos, mujeres, niños, personas con discapacidad y poblaciones indígenas, y en especial, respecto a éstos últimos, en su incorporación en la sociedad actual.

En el derecho internacional de los derechos humanos el régimen de protección a las minorías establece desde luego no solamente que todos los miembros de las minorías tienen los mismos derechos que las mayorías, sino que también tienen el derecho a la diferencia y, en el caso de las poblaciones indígenas a mantener sus identidades culturales, lo cual no sólo significa el derecho a emplear su lengua y el derecho a la educación en su propia lengua, sino también el derecho a su auto-organización social y a su autorregulación jurídica, lo cual implica el reconocimiento de sus derechos consuetudinarios.

La protección a las minorías, incluyendo a las poblaciones indígenas, implica el libre acceso a la justicia. Como dijo José Thompson referente al acceso a la justicia, “la equidad entra en juego cuando se considera que la justicia no puede reproducir o magnificar las desigualdades económicas”<sup>3</sup>, manifestando un gran temor que, “las desigualdades de hecho no deben incidir en la oportunidad ni en la calidad de la justicia”<sup>4</sup>.

Recordemos que, uno de los principios de la administración de la justicia es el principio de igualdad formal ante la ley, principio consagrado en instrumentos internacionales, tales como

---

3 José Thompson (coord.), Acceso a la Justicia y Equidad: estudio en siete países de América Latina, San José, BID-IIDH, 2000, p. 26.

4 *Ibíd.*



la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>5</sup>, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>6</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>7</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>8</sup>

Sin embargo, el principio de igualdad conlleva a aplicar la misma ley a todos los habitantes de un Estado, lo cual genera una injusticia a las poblaciones indígenas, toda vez que ellos desconocen por completo la regulación estatal.

Partimos, por tanto, que tan injusto es tratar a los iguales como desiguales como injusto es tratar a los desiguales como iguales.

Por tanto, el objetivo del presente estudio versa sobre el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos indígenas como una forma de reconocimiento de los derechos indígenas y como una forma de integración de las poblaciones indígenas al desarrollo social del Estado.

## El principio de igualdad y las minorías.

Cuando se habla de desigualdad, debemos diferenciar que existe una “desigualdad de hecho” y una “desigualdad normativa”. La primera (desigualdad de hecho) consiste en aquellas situaciones meramente circunstanciales que colocan a un grupo de personas en desventaja en relación con otros, en tanto que la segunda (desigualdad normativa) consiste en que la ley otorga un trato favorable a ciertos grupos.

En una sentencia del Tribunal Constitucional de España, relativa a la interpretación del artículo 9.2 de la Constitución española, se señaló que la Constitución permite “regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en las promoción de la igualdad material”<sup>9</sup>, más concretamente “debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos

5 Adoptada el 10 de diciembre de 1948. Artículo 7. “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

6 Adoptada el 2 de mayo de 1948. Artículo II. “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

7 Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Artículo 14.1. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido en la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 23 de marzo de 1981. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de mayo de 1981.

8 Adoptada el 22 de noviembre de 1969. Artículo 24. “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 24 de marzo de 1981. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 7 de mayo de 1981.

9 Sentencia SCT 98/1985. Citada por Luis Prieto Sanchis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” en Miguel Carbonell, ed., *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*. 2ª ed; México, Porrúa, 2001. p. 31.



de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de su diferente régimen jurídico”<sup>10</sup>.

Aquí lo que se plantea es que, el legislador pueda y deba dar vida a desigualdades jurídicas (normativas) con el fin de superar desigualdades de hecho.

Aristóteles comentaba que, “la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justo y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.<sup>11</sup>

Por tanto, el punto central es determinar los rasgos que representa una razón para un tratamiento igual o desigual, en otras palabras, si las desigualdades de hecho pueden justificar el establecimiento de desigualdades jurídicas orientadas precisamente a eliminar o limitar el alcance de las desigualdades de hecho.

Entramos pues a analizar la problemática de las minorías. Respecto a las minorías según Paolo Comanducci<sup>12</sup>, son de dos tipos:

- a. Minorías políticas.- Son aquellos conjuntos de individuos que, dependiendo el voto, se encuentran en una contingencia de inferioridad numérica respecto a otros conjuntos de individuos en un cuerpo electoral, en las asambleas representativas, en los órganos que éstas nombran, etc.
- b. Minorías culturales.- Son los conjuntos de individuos que, aunque no sean menos numerosos que otros conjuntos de individuos (pensemos en las mujeres) se encuentran por razones históricas, económicas, políticas o de otro tipo, y dependiendo de esas características raciales, sexuales, éticas, lingüísticas, etc, en una condición de desventaja respecto de otros conjuntos de individuos de la misma sociedad.

En nuestro estudio nos referiremos a la situación de las poblaciones indígenas, pues en palabras de Eduardo Garzón Valdés, “... posiblemente nadie sufre en este continente [América Latina] con mayor intensidad que el indio las degradantes consecuencias de su vulnerabilidad económico-social...”.<sup>13</sup>

Sin embargo, el constitucionalismo de las últimas décadas se ha caracterizado por tutelar no solamente una igualdad formal, sino que ha querido avanzar hacia una igualdad de hecho o igualdad sustancial.

10 Ibid.

11 Aristóteles, Política, Madrid, J. Marias y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 83.

12 Paolo Comanducci, “Derechos Humanos y minorías: Un acercamiento analítico neoilustrado” en M. Carbonell Op. cit. p. 321.

13 Ernesto Garzón Valdés, “El problema ético de las minorías étnicas”. Ibid. p. 231.



Así, por ejemplo, el artículo 3° de la Constitución italiana<sup>14</sup> dispone que:

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Así, el reto que tienen los países de América es el de incorporar a las poblaciones indígenas en la sociedad.

Para Luigi Ferrajoli<sup>15</sup> hay cuatro modelos de relación entre el derecho y las diferencias (minorías):

- a. El primero es el modelo de la “indiferencia jurídica de las diferencias”. Para este modelo las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se las ignora.
- b. El segundo modelo es el de la “diferenciación jurídica de las diferencias”. De acuerdo con el cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; aquellas que son valorizadas (como las identidades por razón de sexo, de nacimiento, de lengua, de fe religiosa, etc) resultan asumidas como status privilegiados y como fuentes de derechos y poderes. Las diferencias que no son valorizadas (por ejemplo, la de ser mujer, judío, negro, extranjero, etc) se convierten en status discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, o incluso, a veces hasta de persecución.
- c. El tercer modelo es el de la “homologación jurídica de las diferencias”. Según este modelo, las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se lleva a cabo una homologación, neutralización e integración de todos que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad –en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa– como “normal” y al mismo tiempo como “normativa”.
- d. El cuarto modelo es el de la “igual valoración jurídica de las diferencias”; se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Este modelo no ignora las diferencias sino que permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del igual valor de todas las diferencias.

En principio, la meta es lograr este último modelo.

El derecho internacional, a través de diversos instrumentos en materia de derechos humanos, ha protegido de manera genérica a las poblaciones indígenas concediéndoles todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como la protección de ataques por razones de discriminación racial a los que pudieran verse sometidos. Así, los

14 Citada por Miguel Carbonell, “Minorías y derechos: Un punto de vista constitucional. Derechos Sociales y Derechos de las Minorías. Ibid. p. 357..

15 Ibid. p. 365.



pueblos indígenas tienen derecho “al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de los derechos humanos”<sup>16</sup>, tanto universal como regional.

Sin embargo, el problema radica cuando al reconocer a las poblaciones étnicas y sus diferencias con la sociedad, se reconoce también sus ordenamientos jurídicos distintos al ordenamiento estatal.

## El Reconocimiento de los Derechos de las Poblaciones Indígenas en el Derecho Internacional y sus Ordenamientos Jurídicos.

Existe un reconocimiento muy general, escueto y parcial de los derechos de las poblaciones indígenas en algunos instrumentos internacionales, tales como:

- a. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 1 y 47);<sup>17</sup>
- b. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 1 y 25);<sup>18</sup>
- c. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (séptimo párrafo del Preámbulo);<sup>19</sup>
- d. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Principio 22).<sup>20</sup>

Digo que dicho reconocimiento es **general** por cuanto no se refiere a las poblaciones indígenas en concreto, sino más bien a los pueblos en general<sup>21</sup> y digo que es **parcial**, por cuanto el reconocimiento se refiere únicamente al derecho de estas comunidades a utilizar y explotar libremente sus riquezas y recursos naturales.

16 Artículo 1° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Adoptada mediante resolución 61/295 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007.

17 Adoptado en Nueva York, mediante Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. México depositó su instrumento de adhesión el 23 de marzo de 1981. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de mayo de 1981.

18 Adoptado en Nueva York, mediante Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. México depositó su instrumento de adhesión el 23 de marzo de 1981. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 12 de mayo de 1981.

19 Adoptado el 17 de noviembre de 1988, en San Salvador. México depositó su instrumento de ratificación el 16 de abril de 1996. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 1° de septiembre de 1998.

20 Adoptada durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el 14 de junio de 1992.

21 Salvo la Declaración de Río que sí hace referencia expresa a las “poblaciones indígenas y sus comunidades”.



Propiamente el reconocimiento de los derechos indígenas en el derecho internacional no se hizo sino hasta el 26 de junio de 1957, fecha en la que se adoptó en la ciudad de Ginebra, Suiza, el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales (Convenio No. 107) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>22</sup>.

Con la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se reconoce de manera expresa los derechos de las poblaciones indígenas; algunos de ellos son reiteración de los derechos que todo individuo o ser humano tiene (previstos de manera general tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en tanto que otros, son derechos específicos conforme a su realidad histórico-social.

Es importante precisar que el objetivo del presente estudio se centra en el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos indígenas.

Como ya se mencionó, el primer instrumento internacional en reconocer los derechos de los pueblos indígenas fue el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales (Convenio No. 107) de la OIT. En dicho Convenio se hace también un reconocimiento expreso a la autonomía de los ordenamientos jurídicos indígenas al disponer en su artículo 7.2 que:

...dichas poblaciones [indígenas] podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.

Es preciso recalcar que los ordenamientos jurídicos indígenas son eminentemente consuetudinarios, toda vez que, sus normas nacen de la costumbre.

Los instrumentos internacionales en los que se hace un expreso reconocimiento a los ordenamientos jurídicos de las poblaciones indígenas son:

- a. El Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales (Convenio No. 107) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).<sup>23</sup>
- b. El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio No. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).<sup>24</sup>

El Convenio 169 es una revisión de las disposiciones del Convenio 107. El artículo 8.2 de dicho instrumento dispone que: “Dichos pueblos [indígenas] deberán tener el derecho

22 El Gobierno de México depositó su instrumento de ratificación el 1º de junio de 1959, y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 7 de julio de 1960; pero fue denunciado en virtud de la ratificación del Convenio 169.

23 Ibid.

24 Adoptado el 26 de junio de 1989. El Gobierno de México depositó su instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1990. y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 24 de enero de 1991.



de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”.

- c. La Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.<sup>25</sup>

En su artículo 4.2 establece que “los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales”.

- d. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.  
En cuyo artículo 34 se dispone que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Las reivindicaciones de las poblaciones indígenas por el reconocimiento de sus derechos consuetudinarios, trae como consecuencia la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos: el derecho positivo codificado del Estado y el derecho consuetudinario (no codificado) de las etnias indígenas, lo cual origina, un pluralismo legal.

Dicho pluralismo puede intensificarse cuando en un mismo país la organización estatal es de carácter federal –como es el caso de México-, coexistiendo por un lado, un derecho federal y varios derechos estatales, y por otro, los derechos consuetudinarios de una diversidad de comunidades indígenas pertenecientes a diferentes etnias; por tanto, habrá en un mismo territorio una pluralidad de ordenamientos jurídicos.

No obstante, como a continuación se expondrá, existen muchas limitaciones –“candados” como les llamaremos en este estudio- para una plena aplicación de los ordenamientos jurídicos indígenas; por lo que no nos es posible sostener que existe un pleno reconocimiento de los mismos.

<sup>25</sup> Adoptada mediante Resolución 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1992.



## Primer candado: Los ordenamientos jurídicos indígenas solo se aplicarán cuando sean autorizados por la Ley del Estado.

Según Raquel Irigoyen<sup>26</sup>, tres son las posturas que se pueden adoptar respecto a la pluralidad de ordenamientos jurídicos:

- El **monismo jurídico**, que afirma que sólo hay un solo derecho en el Estado, el derecho del propio Estado, y por tanto, los usos y costumbres indígenas carecen de valor jurídico.
- El **monismo atenuado**, ésta es la postura que reconoce que el Estado es quien crea el derecho y a las poblaciones indígenas se les reconoce algunos derechos indígenas, siempre y cuando dichos derechos consuetudinarios no afecten al derecho del Estado.
- El **pluralismo jurídico**, que reconoce que dentro de un mismo Estado, de un mismo espacio geopolítico, pueden coexistir varios sistemas jurídicos además del estatal, reconociendo que los indígenas tienen capacidad autonormativa.

Si bien, lo ideal sería el tercer supuesto, lo cierto es que en la realidad la lucha de los pueblos indígenas por lograr el pleno reconocimiento de su capacidad autonormativa ha llegado, cuando mucho, al segundo supuesto.

La costumbre –y por tanto, los ordenamientos jurídicos indígenas- en relación con la ley se clasifica en Costumbre **secundum legem** (conforme a la ley).- En este tipo de costumbre se realiza una constante aplicación de la norma legal sin contradecir la ley. La costumbre se forma con independencia de la ley coincidiendo con el contenido de la ley misma.<sup>27</sup>

Muchas veces la ley se inspira en la realidad social consuetudinaria, tal es el caso del artículo 12, 4° párrafo de la Constitución del Estado de Oaxaca, en México, que reconoce la figura del Tequio.<sup>28</sup>

Costumbre *praeter legem* (fuera de la ley).- La ley remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias. Se aplica en los casos en donde cierta situación no ha recibido regulación, es decir, la costumbre llena las lagunas de la ley creando normas nuevas. De esta manera la costumbre se encuentra integrada en la ley.

26 Citada por Rodolfo Stavenhagen, "Derecho consuetudinario y derecho positivo: El caso del derecho indígena". Ponencia dictada en el XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1999.

27 Elí Rodríguez Martínez. "El Artículo 2° Constitucional y los Conflictos de Leyes en materia de Derechos Indígenas: Problemas relativos al resurgimiento de los estatutos personales" en Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Derecho Constitucional, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

28 "Las autoridades de los municipios y comunidades preservarán el tequio como expresión de solidaridad según los usos de cada pueblo y comunidad indígenas... la ley determinará las autoridades y procedimientos tendientes a resolver las controversias que se susciten con motivo de la prestación del tequio".





Así por ejemplo, el Apartado A, Fr. III del Artículo 2° de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos establece la autonomía de los pueblos indígenas para “elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados”.

Costumbre *contra legem* (contraria a la ley o derogatoria).- La costumbre es contraria a lo preceptuado por la ley, por lo que carece de eficacia.

Así por ejemplo, podemos apreciar que en algunas poblaciones indígenas se acostumbra la compra-venta de la novia, lo cual es violatorio del párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución; los linchamientos por faltas graves a la comunidad y la quema de las personas sospechosas de brujería, lo cual es violatorio de los artículos 16 y 17 constitucionales; la obligación de dar “tequio”,<sup>29</sup> que es contrario a lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 5° constitucional cuando dispone que, “nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento...”.

Es innegable que existe una relación de subordinación de los derechos indígenas al derecho estatal; sin embargo, los derechos indígenas disponen de un alto grado de autonomía, pues éste se aplica en un elevado porcentaje en el interior de las comunidades indígenas.

Pese a lo anterior, un principio de derecho dispone que “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento” (art. 10 del Código Civil Federal) y, por lo tanto, no exceptúa su aplicación a las poblaciones indígenas, siendo que en la mayoría de los casos, los indígenas desconocen el derecho y las leyes que imperan en el Estado, y esto ocasiona graves problemas ya que los coloca en una posición de indefensión real.

## **Segundo candado: Los ordenamientos jurídicos indígenas sólo se aplicarán obligatoriamente cuando la materia afecte a toda la comunidad indígena.**

Quiero llamar la atención que, de una lectura de los Convenios 107 y 169 de la OIT, respecto del reconocimiento de los derechos indígenas, se puede apreciar un tratamiento diferente entre las disposiciones aplicables a personas indígenas y las aplicables a las comunidades indígenas.

En aquellas materias aplicables a las personas indígenas, por ejemplo, el Derecho civil (referido al derecho de familia) y el derecho penal, los Convenios disponen que deberá

---

29 El Tequio es una costumbre muy arraigada en varias etnias indígenas de México, que consiste en un servicio prestado de manera voluntaria a la comunidad.



“tenerse en cuenta” o deberán “tenerse en consideración” las costumbres de los pueblos indígenas en esas materias.<sup>30</sup>

Caso contrario sucede en aquellas materias o asuntos en los que las normas son aplicables a toda la comunidad como tal y no a individuos en lo particular. El ejemplo más evidente es el de la propiedad de la tierra, pues los propios Convenios 107 y 169 de la OIT se disponen que se “deberán respetarse” o “deberán reconocerse” lo dispuesto por sus costumbres.<sup>31</sup>

Por tanto, el tratamiento es distinto en cuanto al grado de reconocimiento de los derechos indígenas, pues en el primer supuesto los derechos indígenas serían de aplicación discrecional del juez y en el segundo supuesto dichos derechos serían de aplicación obligatoria.

Si bien, el derecho internacional ha pretendido reconocer abiertamente la aplicación de los derechos consuetudinarios indígenas –y por ende, la aplicación de los estatutos personales entendidos como la costumbre de la etnia de su pertenencia– lo cierto es que el mismo derecho internacional ha limitado su aplicación.

El artículo 7.1 del Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales dispone que:

Al definir los derechos y obligaciones de las poblaciones en cuestión se deberá tener en consideración (subraya fuera de texto) su derecho consuetudinario.

Algunas disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales disponen que:

Artículo 8.1.- “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración (subraya fuera de texto) sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Artículo 9.2.- “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta (subraya fuera de texto) las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Artículo 10.1.- “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales (subraya fuera de texto)”.

30 Artículo 7.1 del Convenio 107 y artículos 8.1, 9.2 y 10.1 del Convenio 169.

31 Artículos 11 y 13.1 del Convenio 107 y artículos 14 y 17 del Convenio 169.



Por tanto, se desprende que, la aplicación del derecho consuetudinario indígena para ciertas materias (orden civil y penal), en las que se ven involucradas personas y no comunidades, se aplicará el derecho consuetudinario como excepción y no como regla general; por tanto, en materia penal el derecho consuetudinario indígena será aplicado como excluyente de responsabilidad penal.

Caso contrario sucede en aquellas materias o asuntos en los que intervienen toda la comunidad como tal y no individuos. El ejemplo más evidente es el de la propiedad de la tierra, pues los propios Convenios 107 y 169 de la OIT disponen que:

Artículo 11 del Convenio 107. “Se deberá reconocer (subraya fuera de texto) el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestiones sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”.

Artículo 13.1 del Convenio 107. “Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse (subraya fuera de texto) en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social”.

Artículo 14 del Convenio 169. “Deberá reconocerse (subraya fuera de texto) a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan...”.

Artículo 17 del Convenio 169. “Deberán respetarse (subraya fuera de texto) las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”.

De lo anterior se puede apreciar la aplicación conjunta del estatuto personal y real para las poblaciones indígenas, concluyéndose que se aplicará el estatuto real (territorial) en relación a aquellas materias o asuntos que involucren a toda la comunidad o etnia; y se aplicará como regla general el derecho estatal y excepcionalmente el estatuto personal en aquellas materias que involucren intereses personales o individuales.<sup>32</sup>

---

32 E. Rodríguez, El Artículo 2° Constitucional... Op. cit.



## **Tercer candado: Los ordenamientos jurídicos indígenas sólo podrán aplicarse cuando no contravengan el ordenamiento jurídico estatal.**

Así mismo, la aplicación de los estatutos personales, entendidos como la costumbre de la etnia a la que pertenecen los indígenas en cuestión, está sujeta a las siguientes limitantes:

- a. Sólo se aplicarán cuando así lo disponga expresamente la ley; y
- b. Se aplicarán siempre que no se contravenga el orden público.

Respecto al orden público, en diversas constituciones de América Latina se reconoce la aplicación de los derechos indígenas, siempre que éstos no contravengan las disposiciones de la propia constitución y las leyes de la nación, así podemos mencionar el caso de Venezuela (art. 260), Colombia (art. 246), Ecuador (art. 191) y Bolivia (art. 171, Fr. III).

Así artículo 2°, apartado A, Fracción II de la Constitución mexicana dispone que:  
Respecto al reconocimiento de los derechos indígenas, la reforma dispone en su apartado A, Fracción II que:

- a. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:
    - II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.
- Por tanto, no podrán aplicarse los derechos indígenas, cuando éstos contravengan:
  - Los principios generales de la Constitución,
  - Las garantías individuales y los derechos humanos. Al diferenciar la Constitución entre garantías individuales y derechos humanos, considero que en el último caso se deberá entender como aquellos reconocidos en los instrumentos internacionales.
  - En especial, la dignidad e integridad de la mujer.
  - Y aunque no se haga mención expresa, se deberá incluir a las instituciones fundamentales del sistema jurídico nacional, que por naturaleza constituye el concepto de orden público.



A nivel internacional, la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas<sup>33</sup> señala claramente en su artículo 4.2 que:

Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres [mío], salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

Como se puede observar, los ordenamientos jurídicos de las poblaciones indígenas, bajo dos condiciones:

- Que no contravengan el sistema jurídico nacional y
- Que no contravengan los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Aunque el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aparentemente no condiciona el reconocimiento de los “sistemas jurídicos” indígenas a que no contravengan la legislación nacional, lo cierto es que el artículo 40, relativo a la impartición de justicia, señala que en las decisiones judiciales “se tendrán debidamente en consideración [mío] las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.

### **Cuarto candado: La justicia indígena no debe contravenir a la legislación estatal.**

Hoy día existen dos sistemas para la administración de justicia para las poblaciones indígenas<sup>34</sup>:

- Por un lado, tenemos el sistema de administración de la justicia dictada por órganos estatales, es decir, por tribunales del Estado; y
- Por otro lado, la justicia dictada por autoridades o tribunales indígenas, esto es propiamente la jurisdicción indígena, una justicia dictada por indígenas para indígenas.

Analicemos brevemente las diferencias entre ambos sistemas:

#### *La justicia estatal para indígenas.*

En estos casos, los jueces estatales deberán tener en consideración los usos y costumbres jurídicos de las poblaciones indígenas, salvaguardando en todo momento, los derechos fundamentales consagrados por la Constitución General y el respeto de los derechos humanos. Lo anterior no implica que se deberán aplicar obligatoriamente los ordenamientos jurídicos

33 Infra nota 24.

34 Para un estudio mas completo se recomienda la lectura de Elí Rodríguez Martínez, “La jurisdicción indígena en América Latina: Un estudio comparativo con especial énfasis en el ordenamiento jurídico mexicano”, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tomo II. 2006.



indígenas, sino por el contrario, se aplicarán las leyes estatales y se tomarán “en consideración” los ordenamientos indígenas a fin de lograr una solución mas equitativa.

Un caso muy claro es el que presenta la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado [mexicano] de Oaxaca, en cuyo artículo 33, 1° párrafo señala:

Quando en los procedimientos intervengan algún pueblo o comunidad indígena, o algún hombre o mujer indígena, las autoridades administrativas, jueces y procuradores, aplicarán las leyes estatales vigentes, homologándolas con las normas internas de cada pueblo y comunidad. Para ello se basarán en la información que en diligencia formal les proporcione la autoridad comunitaria del pueblo o comunidad indígena correspondiente; buscando en todo caso la apropiada articulación entre dichas normas. Al resolver las controversias se procederá en los mismos términos. (subraya fuera de texto).

En estos procedimientos, los indígenas son asistidos por intérpretes o traductores y por defensores de oficio que tengan el conocimiento de su lengua y cultura.<sup>35</sup>

#### *La justicia indígena para indígenas.*

En este sistema la justicia indígena es dictada por las autoridades tradicionales indígenas conforme a sus propios ordenamientos jurídicos: usos y costumbres. Es una justicia dictada por indígenas para indígenas, lo cual constituye en *strictu sensu* la jurisdicción indígena, es decir, esto es propiamente un fuero indígena.

Es preciso recordar una vez más que, la justicia dictada por indígenas no es excluyente de la jurisdicción estatal, sino por el contrario, coexisten tanto la jurisdicción estatal como la jurisdicción indígena, siendo complementarias y en algunas ocasiones, alternativas<sup>36</sup>.

En virtud de que dichas controversias son solucionadas por jueces tradicionales indígenas de conformidad con los usos, costumbres y ordenamientos jurídicos indígenas<sup>37</sup>, las resoluciones dictadas por dichos jueces deberán ser homologadas a fin de salvaguardar los derechos

35 Chiapas (art. 13, párrafo 6 de su Constitución y 17 de la Ley de Derechos y Cultura Indígenas); Durango (artículo 2, Apartado A, Fr. VIII de su Constitución); Oaxaca (art. 16, 5° párrafo de su Constitución Política) y San Luis Potosí (art. 9, Fr. XIV de su Constitución Política).

36 Así lo dispone el artículo 6, 2° párrafo de la Ley de Justicia Indígena del Estado [mexicano] de Quintana Roo al señalar que: “La justicia indígena es alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria y al fuero de los jueces del orden común, jurisdicción que siempre estará expedita en los términos y condiciones que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado y las leyes ordinarias que la reglamentan”. De igual manera, el artículo 22 de la Ley Reglamentaria del Artículo 9° de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, sobre los Derechos y la Cultura Indígena señala que: “La aplicación de la justicia indígena es alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria; pero los delitos que se persiguen de oficio y las acciones del estado civil de las personas, quedan reservadas al fuero de los jueces del orden común”.

37 Así, por ejemplo, lo señala expresamente el artículo 26 de la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México al disponer que: “Las autoridades tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas procurarán y administrarán justicia aplicando sus sistemas normativos internos”.



humanos y garantías individuales de los comparecientes a dicho proceso.<sup>38</sup> Dicha homologación la harán los jueces o magistrados estatales de conformidad con los procedimientos establecidos en sus respectivos códigos de procedimientos estatales.

Así por ejemplo el artículo 34 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado [mexicano] de Oaxaca dispone que:

Las decisiones tomadas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas con base en sus sistemas normativos internos y dentro de sus ámbitos jurisdiccionales, serán compatibilizadas y convalidadas por las autoridades estatales respectivas, cuando se sometan a su consideración, siempre y cuando no contravengan la Constitución General de la República. (subraya fuera de texto)

Debido a todo lo anteriormente expuesto, la aplicación de los derechos indígenas, en especial en aquellas materias que se rigen por el estatuto personal, está sujeta a tantas condicionantes o “candados” que no podría hablarse de un pleno reconocimiento de éstos, ni por el derecho nacional ni por el derecho internacional.

---

38 El artículo 9, Fr. XIV de la Constitución Política del Estado [mexicano] de San Luis Potosí señala que: “La Ley establecerá los casos y procedimientos [mio] para que los sistemas normativos que las comunidades indígenas utilizan para la solución y regulación de sus conflictos internos, sean válidos por los jueces y tribunales correspondientes [mio]...”.



## Conclusiones

- El Estado moderno, como una reacción natural al estado medieval, monopolizó la función creadora del Derecho.
- A los pueblos y comunidades indígenas, tras la conquista por los españoles, les fueron impuestos un derecho –el derecho español- que les era completamente ajeno y que no tenía en consideración su especial situación.
- Existe una clara tendencia internacional en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y sus ordenamientos jurídicos, como expresión del principio de igualdad, a fin de aminorar la desigualdad de hecho en la que se encuentran.
- El reconocimiento de los derechos indígenas presupone la coexistencia de éstos con el derecho estatal.
- La aplicación de los derechos indígenas se encuentra limitada a los siguientes factores:
  - a. La permisión expresa de su aplicación por la ley estatal,
  - b. La no contravención del orden público (estatal), y
  - c. La no contravención a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- En materias aplicables a las personas indígenas (estatuto personal) se reconoce sólo el deber del juzgador de “atender” o “considerar” los derechos indígenas, mas no su aplicación directa.
- En los derechos reconocidos a las poblaciones indígenas (estatuto real) se reconoce el deber del juzgador de aplicar dichos derechos.
- Existen dos sistemas de jurisdicción indígena: La justicia dictada por el Estado para indígenas y la justicia dictada por indígenas para indígenas.
- En la justicia dictada por el Estado para indígenas el juez estatal sólo tiene el deber de “considerar” la aplicación de los ordenamientos jurídicos indígenas.
- En la justicia dictada por indígenas para indígenas, las sentencias dictadas deberán ser homologadas al derecho estatal a fin de que no contravengan el derecho estatal.





## Bibliografía

### Doctrina.

Aristóteles. *Política*. Madrid: J. Marias y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Carbonell, Miguel. "Minorías y derechos: Un punto de vista constitucional". *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, en: Miguel Carbonell ed., 2ª ed; México, Porrúa, 2001.

Comanducci, Paolo. "Derechos Humanos y minorías: Un acercamiento analítico neoilustrado". *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, en: Miguel Carbonell ed., 2ª ed; México, Porrúa, 2001.

Garzón Valdés, Ernesto. "El problema ético de las minorías étnicas". *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, en: Miguel Carbonell ed., 2ª ed; México, Porrúa, 2001.

Prieto Sanchis, Luis. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, en: Miguel Carbonell ed., 2ª ed; México, Porrúa, 2001.

Rodríguez Martínez, Elí, "La jurisdicción indígena en América Latina: Un estudio comparativo con especial énfasis en el ordenamiento jurídico mexicano", en: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau*. México, Instituto de Investigaciones Jurídica-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Tomo II. 2006.

Rodríguez Martínez, Elí, "El Artículo 2º Constitucional y los Conflictos de Leyes en materia de Derechos Indígenas: Problemas relativos al resurgimiento de los estatutos personales", en: *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2004.

Stavenhagen, Rodolfo. "Derecho consuetudinario y derecho positivo: El caso del derecho indígena". Ponencia dictada en el XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1999.

Thompson, José, *Acceso a la Justicia y Equidad: estudio en siete países de América Latina*. San José, BID-IIDH, 2000.

### Instrumentos internacionales.

Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales (Convenio No. 107) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio No. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

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

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.



Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".

### **Legislación nacional.**

Código Civil Federal. Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución del Estado Libre y Soberano de Chiapas.

Constitución del Estado Libre y Soberano de Durango.

Constitución del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

Constitución del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí.

Ley de Derechos, Cultura y Organización Indígena del Estado de Quintana Roo.

Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas.

Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México.

Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo.

Ley Reglamentaria del Artículo 9° de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí sobre los Derechos y la Cultura Indígena.



# ANÁLISIS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MEXICANO POR LOS CRIMENES CONTRA MUJERES EN CIUDAD JUÁREZ EN BASE AL ASUNTO DE LA CIDH “CAMPO ALGODONERO”

---

THE IACHR JUDGMENT “CAMPO ALGODONERO” – AN ANALYSIS OF MEXICO’S  
RESPONSIBILITY FOR CRIMES AGAINST WOMEN IN CIUDAD JUAREZ

---

✉ Por: Gloria Fernández Arribas<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2013  
Fecha de aceptación: 6 de noviembre de 2013

## **Resumen**

*Los crímenes cometidos contra mujeres en Ciudad Juárez han tenido finalmente como resultado un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2009 conocido como “Campo Algodonero”. En esta sentencia la Corte condena al Estado mexicano por la violación del deber de garantía. Este trabajo, además de analizar esta condena, estudia otras posibilidades de responsabilidad del Estado en base a los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), para determinar si es o no posible, establecer la responsabilidad del Estado mexicano por violación del deber de respeto.*

## **Palabras Claves**

*Responsabilidad del Estado, Deber de garantía, Deber de respeto, Complicidad, Ciudad Juárez.*

---

1 Doctora en Derecho Internacional. Profesora Ayudante Doctora de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. [gfernandez@upo.es](mailto:gfernandez@upo.es)



## **Abstract**

*The Inter-American Court of Human Rights issued its decision in the “Campo Algodonero” case in 2009 concerning the crimes committed against women in Ciudad Juarez. The Court ruled that the Mexican State had violated the state responsibility to protect its citizens. This study analyzes the “Campo Algodonero” decision and other forms of State responsibility under the ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) in order to offer conclusions about the potential responsibility of Mexico for the violation of the obligation to respect its citizens.*

## **Key Words**

*State Responsibility, Obligation to protect, Obligation to respect, Complicity, Ciudad Juarez*

## **Introducción**

La sentencia de 16 de Noviembre de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (en adelante “Campo Algodonero”),<sup>2</sup> supuso para el Estado mexicano asumir su responsabilidad por la muerte de tres jóvenes en Ciudad Juárez y por los perjuicios causados a los familiares de las víctimas, pero más allá de eso, esta sentencia venía a confirmar la pasividad e ineficiencia del Estado y de sus agentes en la resolución de los crímenes que contra mujeres que se venían sucediendo en la zona señalada, y que habían dejado una cifra escalofriante de asesinatos.<sup>3</sup>

La CIDH por tanto, mediante una demanda presentada por los familiares de las fallecidas de Laura Bernice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal y Claudia Ivette González, entra a analizar qué papel jugaron las autoridades mexicanas en la investigación de las desapariciones y muerte de estas jóvenes, realizando en todo caso un análisis más profundo de la situación de inseguridad y violencia contra las mujeres que se vivía en la zona, las posibles causas de dicha violencia, los informes internacionales que se emitieron sobre la situación, y la propia actividad (o inactividad) del Estado mexicano, para determinar finalmente la responsabilidad del mismo por la muerte de las tres jóvenes.

---

2 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de Noviembre de 2009. Serie C No. 205.

3 Esta situación de violencia contra las mujeres ha traído como consecuencia la creación de un nuevo tipo penal en el Código Penal Federal Mexicano, el Femicidio, de este modo el artículo 325 establece que “Comete el delito de feminicidio quien priva de la vida a una mujer por razones de género”, y a continuación determina qué circunstancias se considerarán razones de género. Sobre el Femicidio vid. Diana E.H. Russell y Roberta A. Harnes, *Feminicidio: una perspectiva global*, México, UNAM, 2006.



En este sentido, es interesante señalar que el Estado realizó un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional al admitir irregularidades en la primera etapa de las investigaciones, irregularidades que afectaron a la integridad psíquica y dignidad de los familiares. Dicho reconocimiento no fue, por otra parte, suficiente para los familiares de las víctimas ni para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>4</sup>

Centrándonos, por tanto, en el aspecto de la responsabilidad que es el que analizaremos en este trabajo,<sup>5</sup> a la hora de tratar la responsabilidad del Estado mexicano por los asesinatos en Ciudad Juárez, podemos establecer dos perspectivas. La primera de ellas relativa a la responsabilidad directa del Estado por las muertes de cientos de mujeres durante un periodo de tiempo que cabría determinar desde 1993, año establecido por la CIDH en su sentencia caso “Campo Algodonero”, hasta la actualidad. En este caso cabría establecer la responsabilidad del Estado por violación de los derechos sustantivos consistentes en el derecho a la vida, recogido en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos del Hombre, el derecho a la integridad personal, recogido en el artículo 5 de dicha Convención, y el derecho a la libertad personal, que se encuentra en el artículo 7 de la ya mencionada Convención<sup>6</sup>; todo ello en relación con la obligación de deber de respeto que impone la misma en su artículo primero<sup>7</sup> a los Estados miembros.

La segunda perspectiva la centraríamos en el Estado mexicano, no como responsable directo de los crímenes cometidos contra estas mujeres, sino como responsable por no adoptar las medidas adecuadas para impedir la comisión de dichos crímenes en base al deber de garantía que impone el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En todo caso, también es necesario señalar que la Convención de Belem do Parà (la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer), establece en su art. 7b que los Estados deben “actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. Por lo que la Corte, a la hora de analizar la responsabilidad del Estado, también toma en consideración las obligaciones del mismo respecto de esta Convención.

4 La Comisión consideró que era “indispensable que el Tribunal resuelva en sentencia las cuestiones que permanecen en contención”. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, p. 8.

5 El Tribunal también establece la responsabilidad del Estado por violación del derecho de acceso a la justicia y protección judicial, derecho a la integridad personal, respecto de los familiares de las víctimas, si bien estas cuestiones no serán tratadas en este trabajo, en el que nos centramos en las violaciones que afectan directamente a las víctimas. Vid. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, pp. 151-152.

6 Estas jóvenes fueron secuestradas, sometidas a torturas y violaciones, y asesinadas, afectando por tanto a los derechos señalados relativos a la vida, integridad personal y libertad personal.

7 Artículo 1. “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.



En función de estos dos tipos de responsabilidad señalaremos que, en la sentencia de la CIDH en el asunto Campo Algodonero, el primer tipo de responsabilidad queda descartado debido a que no era posible demostrar que los perpetradores fuesen agentes estatales o particulares actuando con su apoyo y tolerancia,<sup>8</sup> condenándose, por tanto, únicamente al Estado por la violación del deber de garantía.

De este modo, en este trabajo nos centraremos en analizar en primer lugar, la responsabilidad del Estado mexicano establecida por la Corte respecto de la violación del deber de garantía, para posteriormente analizar las posibilidades de establecer o no, la responsabilidad directa del Estado por las muertes de estas jóvenes debido a la violación del deber de respeto.

## Responsabilidad del Estado mexicano por la violación del deber de garantía.

Tal y como hemos establecido en el epígrafe anterior, la sentencia se centra en determinar la responsabilidad del Estado mexicano por la violación del deber de garantía<sup>9</sup> respecto del derecho a la vida, a la integridad personal y libertad personal de las tres jóvenes.

Este deber de garantía del Estado viene expresamente recogido en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos del Hombre, cuando establece que, “Los Estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*”. Pero a pesar de esta obligación claramente establecida en la Convención, la Corte desarrolla y complementa el contenido de la misma en la sentencia que nos ocupa.

En primer lugar, la CIDH establece que el Estado debe organizar el aparato gubernamental para garantizar el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos. Y en segundo lugar, la Corte señala que es necesario impedir la violación de los derechos, investigar las violaciones cometidas, imponer sanciones y reparar a las víctimas.<sup>10</sup>

De este modo, y atendiendo al desarrollo efectuado por la CIDH respecto del deber de garantía es posible establecer que, de entre las obligaciones del Estado, se deriva claramente un deber de prevención. En relación con este deber de prevención, la CIDH considera que el mismo debe manifestarse en la adopción de medidas jurídicas, políticas, administrativas y culturales “que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear san-

8 Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, pp. 65-66.

9 Sobre la obligación de proteger del Estado vid. Monica Hakimi, “State Bystander Responsibility”, en: *The European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 2, 2010.

10 *Ibíd.* p. 65.



ciones para quien las cometa así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales".<sup>11</sup> Se trata por tanto de una obligación de comportamiento, siendo de este modo la omisión la que lleva a determinar la violación de la misma.

En todo caso, una definición amplia del deber de garantía, y concretamente del deber de prevención, podría llevarnos a hacer al Estado responsable por casi cualquier crimen llevado a cabo por particulares, y es por ello que la CIDH matiza la responsabilidad del mismo. De este modo, la Corte considera que al Estado le será atribuible este tipo de responsabilidad en los casos en los que conociera la situación de riesgo real, y tuviese la posibilidad de prevenir y evitar el riesgo sin que llevase a cabo ningún tipo de actuación en este sentido.<sup>12</sup> Cuestión esta, sobre la que vuelve a insistir el juez García-Sayán en su voto concurrente, señalando que el deber de prevención tiene tres componentes: '1) "el conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato", 2) "un individuo o grupo de individuos determinado", y 3) "posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo"'.<sup>13</sup>

Este razonamiento seguido de la CIDH, y que ya se había llevado a cabo en otras sentencias,<sup>14</sup> es similar al desarrollado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su sentencia de 2007 sobre la Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio.<sup>15</sup> En este asunto la CIJ establece igualmente la responsabilidad de Serbia por la violación de la obligación garantía. De este modo, la CIJ entiende que a pesar de que la información de la que disponían las autoridades serbias no indicaba que el genocidio fuese inminente, era difícil que no hubieran sido conscientes del riesgo de la comisión del mismo una vez que las fuerzas habían ocupado Srebrenica. De hecho, la CIJ no exige que el crimen debiera ser previsto con certeza, sino que consideraba suficiente que el mismo se hubiese sospechado, y señalaba además, que es indiferente que no pudiese probarse que el Estado podría haber evitado dicho crimen si hubiese actuado, ya que únicamente era necesario para establecer su responsabilidad, el hecho de que contara con los medios para evitarlo y no los hubiese utilizado.<sup>16</sup>

11 *Ibíd.* pp. 67-68.

12 *Ibíd.* p. 74.

13 Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México de 16 de Noviembre de 2009, parr. 9.

14 Como señala el juez García-Sayán, esta cuestión había sido ya tratada en el Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C. No. 140; Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194; o caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

15 CIJ Sentencia de 26 de Febrero de 2007. As. Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio. Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro.

16 "As indicated above, for a State to be held responsible for breaching its obligation of prevention, it does not need to be proven that the State concerned definitely had the power to prevent the genocide; it is sufficient that it had the means to do so and that it manifestly refrained from using them". *Ibíd.* parr. 438.



En base a esta teoría de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de garantía, y concretamente en relación con el deber de prevención, la CIDH señala dos momentos determinantes en el caso “Campo Algodonero”. Un primer periodo, antes de la desaparición de las jóvenes, señalando que en ese momento no puede considerarse que el Estado tuviese un conocimiento del riesgo real e inmediato, aunque la ausencia de una política general en este sentido desde que empezaron a conocerse los crímenes, viene a establecer la existencia de una falta del Estado en la obligación de prevención.<sup>17</sup>

Y un segundo momento, referido al espacio de tiempo existente entre el momento en el que desaparecen las jóvenes y su localización. En este caso la CDIH considera que el Estado conocía la existencia de un riesgo real e inmediato, lo que unido a que no se demostró que hubiese llevado a cabo medidas razonables para encontrarlas, junto con las demoras injustificadas después de la presentación de las denuncias, permitía concluir que el Estado mexicano no actuó con la diligencia debida, considerando por tanto, que el Estado violó el derecho a la vida, la integridad personal y la libertad personal en relación con la obligación general de garantía<sup>18</sup> establecida en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el art. 7.b) de la Convención de Belén do Pará.

## ¿Responsabilidad directa del Estado mexicano?

Una vez establecida por la CDIH la responsabilidad del Estado mexicano por la violación del deber de garantía, nos preguntamos si hubiese sido posible ir más allá, y entrar a analizar las distintas posibilidades de hacer al Estado responsable por las muertes de las jóvenes como consecuencia del incumplimiento de la obligación del deber de respeto, que también establece el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para llevar a cabo este análisis recurriremos a los artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)<sup>19</sup> sobre Responsabilidad del Estado por actos internacionales ilícitos de 2001, del que tomaremos los distintos supuestos de atribución de responsabilidad que pudiesen tener cabida en este caso, y determinaremos si permitirían establecer la responsabilidad directa del Estado mexicano.

En primer lugar, nos referiremos al artículo 8 que establece la responsabilidad del Estado

17 Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr. 282.

18 *Ibíd.* paras. 283-286.

19 Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Res. AG 56/1 de 28 de Enero de 2002. Vid, James Crawford, Jacqueline Peel y Simon Olleson, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: completion of the second reading”, en: *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001; James Crawford, (ed.), *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; James Crawford, *State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.





debido a una conducta dirigida o controlada por él mismo, y que viene a ser aquella tomada comúnmente en consideración a la hora de atribuir al Estado la responsabilidad por actos llevados a cabo por particulares.<sup>20</sup> Se establece de este modo, que el Estado será únicamente responsable de sus propios actos o de los actos llevados a cabo por particulares en nombre del Estado. Este tipo de atribución de responsabilidad fue el que tomó en consideración por la Corte Interamericana para desechar la responsabilidad directa del Estado en el caso "Campo Algodonero".<sup>21</sup>

En este sentido, no es difícil apreciar que no fue posible demostrar que aquellos que cometieron los crímenes fuesen agentes del Estado, o recibieran instrucciones o actuaran bajo la dirección o control del Estado, no siendo, por tanto, este supuesto de responsabilidad aplicable al caso. De este modo, en los comentarios del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado,<sup>22</sup> la CDI hace referencia a la sentencia de 1986 de la CIJ en el asunto actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua,<sup>23</sup> en la que se estableció que a pesar de que Estados Unidos hubiese dado su apoyo a la Contra Nicaragüense, no era posible reconocer la responsabilidad del mismo por los actos llevados a cabo por la Contra, debido a que no pudo determinarse la existencia un control por parte de Estados Unidos respecto de las actividades de la organización.<sup>24</sup>

Por tanto, podría concluirse que no es posible establecer la responsabilidad del Estado en base a este precepto, debido a la imposibilidad de demostrar que los asesinos actuaran bajo la dirección o control del Estado.

Pero hay otros modos de establecer la responsabilidad del Estado por actuaciones de los particulares conforme a los artículos sobre responsabilidad del Estado. En este sentido cabría analizar el artículo 11 dedicado al comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio. De este modo el artículo 11 establece que "*El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio*".

20 Artículo 8.- Comportamiento bajo la dirección o control del Estado. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

21 "El hecho de que la impunidad en el presente caso impida conocer si los perpetradores son agentes estatales o particulares actuando con su apoyo y tolerancia, no puede llevar a este tribunal a presumir que sí lo fueron y condenar automáticamente al Estado por el incumplimiento del deber de respeto. Por tanto, no se puede atribuir al estado responsabilidad internacional por violaciones a los derechos sustantivos consagrados en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana". Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, párr. 242.

22 *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. p. 47.

23 CIJ Sentencia de 27 de Junio 1986, As. Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. Nicaragua c. Estados Unidos.

24 *Ibíd.* parr. 109.



La cuestión en este caso será, por tanto, determinar en qué medida un Estado asume como propio el comportamiento llevado a cabo por un particular, y en este sentido, el caso más claro es el asunto de la Embajada de Estados Unidos en Teherán,<sup>25</sup> En este asunto la CIJ estableció dos momentos, un primer momento en el que se asalta la Embajada y que no considera como acto propio del Estado;<sup>26</sup> y un segundo momento en el que se mantiene secuestrado al personal de la Embajada con el apoyo del gobierno iraní, considerando en este caso la CIJ que el Estado iraní asumió como propio dicho comportamiento,<sup>27</sup> De este modo la CDI señala en su comentario de artículos que, con este art. 11 se hace referencia a los casos en los que no siendo atribuible la violación al Estado en el momento de la comisión, posteriormente los actos son adoptados por el Estado como propios.<sup>28</sup>

En el caso “Campo Algodonero”, si bien es cierto que no existe un apoyo o autorización expresa del gobierno, podría traerse a colación en la Observación General del Comité contra la tortura<sup>29</sup> que recoge la juez Medina en su voto concurrente,<sup>30</sup> y que establece que la “indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o autorización del hecho”,<sup>31</sup> en referencia, en este caso, a la tortura. Una interpretación amplia de dicha Observación, nos permitiría concluir que los órganos del Estado mexicano mediante su inacción estaban autorizando el hecho, y de esta manera adoptándolo como propio. Pero frente a esta postura se manifiesta la CDI en su comentario de artículos, ya que establece que el simple conocimiento de la existencia de la conducta o incluso su aprobación verbal expresa no son suficientes para atribuirla al Estado conforme al art. 11, es necesario que el Estado se identifique con la conducta y la haga suya,<sup>32</sup> requisito que podríamos decir no se cumple en el caso “Campo

25 CIJ Sentencia de 24 de Mayo de 1980, As. Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán. Estados Unidos c. Irán.

26 “No suggestion has been made that the militants, when they executed their attack on the Embassy, had any form of official status as recognized “agents” or organs of the Iranian State. Their conduct in mounting the attack, overrunning the Embassy and seizing its inmates as hostages cannot, therefore, be regarded as imputable to that State on that basis. Their conduct might be considered as itself directly imputable to the Iranian State only if it were established that, in fact, on the occasion in question the militants acted on behalf on the State, having been charged by some competent organ of the Iranian State to carry out a specific operation”. *Ibid.* parr. 58.

27 “The seal of official government approval was finally set on this situation by a decree issued on 17 November 1979 by the Ayatollah Khomeini. His decree began with the assertion that the American Embassy was “a centre of espionage and conspiracy” and that “those people who hatched plots against our Islamic movement in that place do not enjoy international diplomatic respect”. He went on expressly to declare that the premises of the Embassy and the hostages would remain as they were until the United States had handed over the former Shah for trial and returned his property to Iran. This statement of policy the Ayatollah qualified only to the extent of requesting the militants holding the hostages to “hand over the blacks and the women, if it is proven that they did not spy, to the Ministry of Foreign Affairs so that they may be immediately expelled from Iran”. As to the rest of the hostages, he made the Iranian Government’s intentions all too clear: “The noble Iranian nation will not give permission for the release of the rest of them. Therefore, the rest of them will be under arrest until the American Government acts according to the wish of the nation.”” *Ibid.* parr. 73.

28 *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries.* p. 52.

29 Comité contra la tortura, Observación General No. 2 sobre aplicación del artículo por los Estados Partes, documento CAT/C/CG/2, de 24 de enero de 2008.

30 Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México de 16 de Noviembre de 2009, parr. 10.

31 Comité contra la tortura, Observación General No. 2..., *Op. cit.* parr. 18.

32 *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries.* p. 53.



Algodonero", y que sí podía apreciarse en el asunto de la Embajada de Estados Unidos en Teherán al utilizar el Ayatolá a los rehenes como moneda de cambio con Estados Unidos y conseguir la extradición del Sha.

Por tanto, esta opción relativa al artículo 11 también debe ser descartada para establecer la responsabilidad directa de México por las muertes de las jóvenes.

Para finalizar con las opciones que plantean los artículos sobre responsabilidad del Estado, nos referiremos al artículo 16, que recoge la ayuda o asistencia en la comisión de un hecho ilícito. En el caso que nos ocupa, es necesario señalar que, a pesar de que se tratan de hechos internacionalmente ilícitos dado que se ha llevado a cabo la violación de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará, este artículo 16 hace referencia expresamente a la ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado, no tratándose por tanto del caso "Campo Algodonero". A pesar de ello, debemos recoger que la CIJ, en el asunto sobre el genocidio bosniaco, señaló que no había razones para diferenciar la complicidad por genocidio establecida en el art. III de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio, y la ayuda o asistencia de un Estado a otro para cometer actos ilícitos recogida en el art. 16 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado<sup>33</sup>. De este modo, la CIJ viene a asemejar la ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado con la complicidad de un particular, permitiendo por tanto analizar la complicidad y responsabilidad del Estado por actos llevados a cabo por particulares.

Una vez establecida esta premisa, es posible considerar que la calificación que más claramente nos permitiría analizar otro tipo de responsabilidad del Estado mexicano por el asunto "Campo Algodonero" vendría a ser la complicidad mediante un acto de omisión,<sup>34</sup> o la comisión por omisión,<sup>35</sup> al ser la omisión del Estado un elemento esencial para la comisión del crimen.

En este trabajo nos centraremos en la complicidad, y en principio pese a parecer claro que la misma podría ser aplicable al caso, es necesario señalar que la complicidad exige que el sujeto tuviese conocimiento de la comisión del ilícito,<sup>36</sup> lo cual no es posible demostrar en el

33 CIJ Sentencia de 26 de Febrero de 2007. As. Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio. párr. 420.

34 Aust, señala que la "ayuda o asistencia" consiste en cualquier acción (u omisión) que facilite la comisión de un hecho ilícito por otro Estado. Helmut P. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 195.

35 Vid. Francisco Jiménez García, "La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes «feminicidas» de Ciudad Juárez", en: *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII, 2011, pp. 34-35. Jiménez García considera que la inacción permanente por parte del Estado "perpetua y consolida la consumación de tales delitos otorgándoles un carácter complejo y sistémico" siendo de aplicación lo establecido en el artículo 11 del proyecto sobre responsabilidad del Estado, asumiendo el Estado de este modo la conducta de los particulares como propia.

36 Art. 16. (2) Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Vid. James Crawford, *State Responsibility*, *Op. cit.* pp. 405-409. Para Crawford "the limitation exists for a reason. If it is true that ARSIWA Article 16 is intended to develop the law, then it must do so in a manner acceptable generally to governments. It was sensible not to advance a relatively novel principle potentially detrimental to state sovereignty in its broadest possible form"; H. P. Aust, *Op. cit.*, p. 192.; Bernhard Graefrath, "Complicity in the law of international responsibility", en: *Revue Belge de Droit International*, núm. 2, 1996.



caso “Campo Algodonero” respecto de los asesinatos o torturas. Por otra parte, respecto de la desaparición de las jóvenes y por tanto del delito de secuestro, en el caso que nos ocupa es cierto que no es posible afirmar que las autoridades tuviesen un conocimiento real del mismo, a pesar de tratarse de un delito continuado que se prolonga durante todo el tiempo que la persona se encuentra en poder de su captor, ya que sólo se denunciaron las desapariciones y ninguna de las declaraciones de testigos permitirían concluir que las víctimas hubiesen sido secuestradas.<sup>37</sup> Pero consideramos también oportuno plantear aquí otros supuestos y casos en los que las declaraciones de testigos<sup>38</sup> permitiesen concluir que las víctimas habían sido secuestradas, y en este caso preguntarnos si cabría la posibilidad de afirmar el conocimiento del crimen por parte del Estado debido, como indicábamos, al carácter continuado del delito, y cumpliéndose de este modo el requisito del conocimiento del hecho ilícito.

Por tanto, habiendo descartado la posibilidad de complicidad en las violaciones del derecho a la vida y a la integridad personal, y en el caso que nos ocupa, también respecto de la violación de la libertad personal, dado que no se cumplía el requisito del conocimiento del ilícito, consideramos que no debe descartarse la posibilidad de establecer la calificación de complicidad en aquellos casos en los que como señalábamos fuese posible, mediante las declaraciones de testigos, establecer la violación del derecho a la libertad personal. A pesar de ello, la misma se encontraría con un nuevo inconveniente consistente en que la CIJ, en el asunto genocidio bosniaco mencionado anteriormente, exigió para establecer la complicidad la existencia de un dolo, lo cual en el caso “Campo Algodonero” y en el resto de casos de asesinatos de mujeres no ha sido demostrado, y en todo caso resultaría difícil de demostrar, esto es, no se ha demostrado y podría resultar difícil de demostrar, que los agentes al no iniciar la búsqueda de las jóvenes secuestradas tuvieran intención de colaborar con el secuestro más que una simple falta de interés por su resolución.

En todo caso, cuando la CIJ realiza esta apreciación e incluye este requisito del dolo, lo hace tomando en consideración el carácter específico del crimen de genocidio y el *dolus specialis* que se exige para considerar su comisión, esto es, la intención de acabar con un determinado grupo, y que en ocasiones puede ser difícil de demostrar, dado que un asesinato masivo de personas no tiene por qué ser calificado como genocidio si no existe la intención de exterminar.<sup>39</sup> Por tanto, debido a ese carácter específico del crimen de genocidio, podría plantearse la duda de si para determinar la complicidad en el resto de crímenes internacionales o vio-

37 Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrs. 165 - 166.

38 Vid. México Muertes intolerables. 10 años de desapariciones y asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua. Amnistía Internacional, 2003, p. 14; Informe de México producido por el CEDAW bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 27 de enero de 2005, p. 14.

39 Vid. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 103-105; Christoph Safferling, “The Special Intent Requirement in the Crime of Genocide”, en Christoph Safferling, y Eckart Conze, (eds.), *The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption*, The Hague, TMC Asser Press, 2010, pp. 163-179; Machteld Boot, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Antwerp, Intersentia, Antwerp, 2002, pp. 406-424; Steven R. Ratner, y Jason, S. Abrams, *Accountability for human rights atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 35-38.



laciones de normas internacionales se exigiría la existencia de dicho dolo.<sup>40</sup> Frente a esta postura es posible entender que se manifiesta la CDI en su comentario de artículos sobre responsabilidad del Estado al interpretar el apartado (a) del artículo 16, que establece el requisito de conocer “las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito”, en el sentido de que “*the aid or assistance must be given with a view to facilitating the commission of that act*”,<sup>41</sup> asimilándolo al requisito del dolo.<sup>42</sup>

A pesar de ello, consideramos oportuno mencionar que la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la mujer señalaba que, un Estado puede ser considerado cómplice si falla continuamente en otorgar protección frente a actores privados que violan los derechos humanos de los individuos.<sup>43</sup> En todo caso, no podemos compartir esta calificación sencilla de la complicidad de un Estado en atención a lo analizado anteriormente, ya que serían necesarios otra serie de requisitos para establecer jurídicamente la misma.

Por otra parte, en el supuesto en que pudiese llegarse a una condena del Estado mexicano por complicidad en los casos en los que tuviera conocimiento del secuestro, no sería el primer asunto en el que la CIDH condena a un Estado por no actuar para impedir la comisión de un crimen, puesto que ya en el asunto Masacre de Ituango v. Colombia,<sup>44</sup> condenó a Colombia por violación del deber de respeto del derecho a la vida, entre otros. La CIDH señalaba que el Ejército colombiano colaboró con los paramilitares en el asesinato de ciudadanos de La Granja y El Aro, de este modo la Corte estableció que:

*“miembros del Ejército nacional no sólo prestaron su aquiescencia a los actos perpetrados por los paramilitares, sino que también se produjeron instancias de participación y colaboración directa. Efectivamente, la participación de agentes del Estado en la incursión armada no se limitó a facilitar el ingreso de los paramilitares a la región, sino que también omitieron asistir a la población civil durante el desarrollo de aquella, resultando así en la total indefensión de éstos. Dicha colaboración entre paramilitares y agentes del Estado resultó en la muerte violenta de diecinueve pobladores de La Granja y El Aro”*.<sup>45</sup>

40 Vid. F. Jiménez García, Op. cit. p. 36.

41 *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, p. 66.

42 H. P. Aust, *Op. cit.*, p. 235.

43 “De lo anterior se desprende que, por definición, el Estado puede incurrir en complicidad si, de manera sistemática, no brinda protección a un particular que se vea privado de sus derechos humanos por cualquier otra persona”. UN Doc E/CN.4/1996/53 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias.

44 Corte IDH. Caso Masacre de Ituango v. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de Julio de 2006. Serie C No. 148.

45 *Ibid.* párr. 125.86



## Conclusiones

Es posible afirmar que establecer la responsabilidad del Estado mexicano más allá del deber de protección y garantía, resulta complicado en función de los precedentes e interpretaciones realizadas sobre las posibles normas aplicables. De este modo, no se cumplen los requisitos exigidos en los distintos artículos relativos a la responsabilidad de Estado que permitirían hacer al Estado responsable directo por las muertes de estas jóvenes. Por otra parte el único supuesto que premiaría acercarse a este tipo de responsabilidad, el de la complicidad, requiere de un elemento complicado de conseguir, el conocimiento por parte del Estado del crimen, y ello debido a las circunstancias en las que se producen estos crímenes, principalmente con posterioridad a desapariciones sin testigos.

Por tanto, salvo en los supuestos en los que sea posible concluir acerca de la existencia de un secuestro que hubiese sido puesto en conocimiento de las autoridades, la responsabilidad del Estado mexicano se centraría únicamente en los supuestos de violación del deber de garantía tal y como condena el CIDH.

Sin duda esta condena constituye un hecho determinante en el asunto de los crímenes de Ciudad Juárez, en los que la inactividad del Estado había contribuido a su perpetuación, generando impunidad y una situación de inseguridad. De este modo, finalmente la CIDH hace responsable al Estado mexicano por no proteger a sus ciudadanos, a pesar de las numerosas denuncias por parte de distintas organizaciones que informaban sobre la situación de violencia contra las mujeres que se vivía en la zona, y siendo por tanto responsable indirectamente de las muertes de dichas mujeres.

En todo caso, esta no es la primera sentencia de la CIDH en materia de responsabilidad del Estado por la violación del deber de garantía, ya que sobre esta cuestión se había pronunciado anteriormente en sentencias, como Velásquez Rodríguez v. Honduras en 1988,<sup>46</sup> o también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brasil.<sup>47</sup> Y no sólo la Corte Interamericana, sino también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto, entre otros, de Opuz c. Turquía en 2009<sup>48</sup>, siendo en el caso de este Tribunal una creación pretoriana ya que dicho deber de garantía no se encuentra ex-

46 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de Julio de 1988. Serie C No. 4.

47 Comisión IDH. Caso Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brasil. Informe No. 54/01. C No. 12.051.

48 “As regards the question whether the State could be held responsible, under Article 3, for the ill-treatment inflicted on persons by non-state actors, the Court recalls that the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals (see, *mutatis mutandis*, H.L.R. v. France, 29 April 1997, § 40, Reports 1997-III). Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of personal integrity (see A. v. the United Kingdom, 23 September 1998, § 22, Reports 1998-VI)”. TEDH Sentencia de 9 de Junio de 2009. As. Opuz c. Turquía. No. 33401/02. párr. 159.



presamente previsto en el Convenio tal y como viene establecida en la Convención Americana de Derechos del Hombre.<sup>49</sup> Por tanto, lo determinante en este caso será ver el cumplimiento que se le da a la sentencia y los resultados efectivos que tenga sobre la protección de las mujeres y el fin de la violencia contra ellas en Ciudad Juárez.<sup>50</sup>

---

49 Vid. F. Jiménez García, *Op. cit.* pp. 32-33.

50 Sobre el cumplimiento de la sentencia, vid. <http://www.campoalgodonero.org.mx/>, consulta: 22 de octubre de 2013.



## Bibliografía

- Aust, H.P., *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Boot, M., *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Antwerp, Intersentia, Antwerp, 2002.
- Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003
- Crawford, J., (ed.), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002
- *State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Crawford, J., Peel, J., y Olleson, S., “The ILC’s Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: completion of the second reading”, en: *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001.
- Graefrath, B., “Complicity in the law of international responsibility”, en: *Revue Belge de Droit International*, núm. 2, 1996.
- Hakimi, M., “State Bystander Responsibility”, en: *The European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 2, 2010.
- Jiménez García, F., “La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes «feminicidas» de Ciudad Juárez”, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII, 2011.
- Ratner, S.R. y Abrams, J.S., *Accountability for human rights atrocities in International Law. Beyond the Nuremeberg Legacy*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Russell, D.E.H. y Harmes, R.A. *Feminicidio: una perspectiva global*, México, UNAM, 2006.
- Safferling, C. “The Special Intent Requirement in the Crime of Genocide”, en Christoph Safferling, y Eckart Conze, (edits.), *The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption*, The Hague, TMC Asser Press, 2010.





# ORGANIZATION OF AMERICAN STATES: MOVING THE AMERICAS FORWARD? ANALYSIS OF SUCCESSSES AND FAILURES OF THE OAS IN HUMAN RIGHTS, DEMOCRACY AND CONFLICT RESOLUTION.

---

LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: IMPULSANDO LAS AMÉRICAS?  
ANÁLISIS DE LOS ÉXITOS Y FRACASOS DE LA OEA EN DERECHOS HUMANOS,  
DEMOCRACIA Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

---

✉ By: Andrés Ordoñez Buitrago<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2013  
Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2013

## ***Abstract***

*The Organization of American States (herein after OAS) is one of the most important regional organizations nowadays. However, it has been the target of much criticism all over the continent and a number of “rival” organizations such as UNASUR and CELAC have born in the last decade. Before analyzing whether or not the OAS has been a successful organization, it is necessary to understand its history and functioning, and thus the first part of this paper focuses on the history, raison d’être, admission policies, structure and decision-making processes. Since the mandate of the OAS is too broad, and it works in a variety of areas including development, security, international law, as well as a multiplicity of social, economic, political and cultural issues, for the purpose of this paper the analysis of successes and failures will be narrowed to human rights, democracy and conflict resolution, which are –on our view– the core of the organization’s work.*

---

<sup>1</sup> Fourth-year Law student at EAFIT University (Medellín, Colombia). Email: [aordone2@eafit.edu.co](mailto:aordone2@eafit.edu.co)



## **Key words**

*Organization of American States, democracy, human rights, conflict resolution.*

## **Resumen**

*La Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) es una de las organizaciones internacionales regionales más importantes del momento. Sin embargo, esta ha sido blanco de muchas críticas en todo el continente, y varias organizaciones “rivales” como UNASUR y CELAC han sido fundadas en la última década. Para poder analizar si la OEA ha sido una organización exitosa o no, es necesario entender su historia y funcionamiento, por lo cual la primera parte de este artículo se enfoca en la historia, razón de ser, admisión de nuevos miembros, estructura y toma de decisiones dentro de la organización. Teniendo en cuenta que el mandato de la OEA es muy amplio, y su trabajo gira alrededor de múltiples áreas como lo son el desarrollo, seguridad, derecho internacional, así como una variedad de temas sociales, económicos, políticos y culturales, para el propósito de este artículo en análisis de éxitos y fracasos de la organización se va a restringir al ámbito de los derechos humanos, la promoción de la democracia y la resolución de conflictos, los cuales son –a nuestro parecer– el núcleo central del trabajo de la OEA.*

## **Palabras clave**

*Organización de Estados Americanos, democracia, derechos humanos, resolución de conflictos.*

## **Introduction**

In the past decade the Organization of American States has been highly criticized by both right and left-wing politicians all over the continent. For example, former President Hugo Chavez from Venezuela and President Rafael Correa from Ecuador criticized the OAS for serving “imperialist interests” of the United States, and have even called for its elimination unless it goes through deep reforms.<sup>2</sup> On the other hand, Republican Congressmen in the United States have tried to defund it because it is seen as being an enemy of freedom and democracy;

---

2 Rodolfo Aliaga, “Hugo Chávez plantea acabar con la OEA si no cumple con las reformas”, La Razón (June 5th 2012), [online], available at: [http://www.la-razon.com/nacional/Hugo-Chavez-plantea-OEA-reformas\\_0\\_1627037353.html](http://www.la-razon.com/nacional/Hugo-Chavez-plantea-OEA-reformas_0_1627037353.html)



Representative David Rivera stated that “the OAS is an enemy of the U.S. and an enemy to the interests of freedom and security”.<sup>3</sup> The purpose of this paper is to show that even though the Organization has failed in performing some of its purposes –and thus reform might be required in these specific issues–, overall it has been a successful organization that has benefited the Americas in the six decades it has been functioning. We can say that the Americas are better having the OAS than not having a regional international organization that performs its duties.

Before analyzing and judging whether or not the OAS has succeeded in accomplishing the duties assigned to it since its foundation in 1948, it is necessary to have a description of the historical background of the organization, the purposes for which it was created, the structure it uses, the membership and decision-making requirements (Section I). Once these issues have been addressed, then it is possible to analyze the successes and failures of the organization focused in two main areas of its work: human rights and democracy (Section II.I) and peaceful settlement of disputes (Section II.II). After this, a conclusion will be presented.

## Section I: Organization of American States

The Organization of American States as we know it today was founded in April 1948 when 21 American States signed the organization’s Charter in Bogotá (Colombia), at the Ninth International Conference of American States. However, a permanent regional organization of American States had already been established in 1889-1890, and thus some people –even the OAS itself<sup>4</sup>– track its origins to the First International Conference of American States which was held during those years in Washington, D.C. (United States). In the latter Conference, eighteen American States created the “International Union of American Republics” as well as a main bureau that was located in Washington, D.C. “for the promotion of trade and the exchange of commercial information among the member States”.<sup>5</sup>

Further Inter-American Conferences gave the Union and its bureau a broader scope than just commercial issues, and deepened inter-American cooperation and integration, within what was later going to be known as the inter-American system. The denomination of the organization changed in 1910, when “the title of the organization was changed to the Union of American Republics, and the bureau became the Pan-American Union”<sup>6</sup>, until 1948, when at the Ninth International Conference of American States the Charter of the Organization

3 Josh Rogin, “House panel votes to defund the OAS”, *Foreign Policy Magazine* (July 20th 2011), [online], available at: [http://thecable.foreignpolicy.com/posts/2011/07/20/house\\_panel\\_votes\\_to\\_defund\\_the\\_oas](http://thecable.foreignpolicy.com/posts/2011/07/20/house_panel_votes_to_defund_the_oas)

4 The OAS in its website claims to be “the world’s oldest regional organization, dating back to the First International Conference of American States, held in Washington, D.C., from October 1889 to April 1890. That meeting approved the establishment of the International Union of American Republics, and the stage was set for the weaving of a web of provisions and institutions that came to be known as the inter-American system, the oldest international institutional system”.

5 Giuseppe Schiavone, *International Organizations. A Dictionary*, 4th Ed., London, Macmillan, 1997, p. 221.

6 A. LeRoy Bennett, *International Organizations: Principles and Issues*, 6th Ed., Englewood Cliffs (NJ), Prentice Hall, 1995, p. 236.



of American States was signed, and thus the Organization as we know it came to exist. Notwithstanding the above, “some scholars trace the antecedents of the inter-American system back to the Congress of Panama convened by Simon Bolivar in 1826”,<sup>7</sup> but it was not until the 1889-1890 Conference that a formally-established institution emerged; even though the Congress of Panama was the first attempt to gather recently created American States, it cannot be considered as a direct predecessor of the Organization of American States that we have nowadays.

The States represented at the Ninth International Conference of American States agreed upon the Charter of the OAS, by which they established the organization in order to accomplish eight purposes stated in Article 2. The *raison d’être* of the Organization was established in a very broad sense; in general terms it is to promote inter-American cooperation, but it was stated in a multiplicity of areas including security in general -as well as collective-security mechanisms and disarmament-, democratic principles, peaceful coexistence of American States, development and resolution of problems in a variety of areas including economic, cultural, social, political and juridical issues.

A set of bureaucratic institutions were set in the original text of the Charter and in the several amendments that have been made to it, developing the above mentioned thematic areas, and will be presented later on when describing the structure and management of the organization.

After stating the preamble, nature, principles and purpose of the Organization in the first three articles, the Charter deals with the issue of membership, therefore stating the admission policies that will be followed in the Organization. Since the OAS is a regional organization, the potential membership was restricted only to “American States”, which become Member States of the Organization through the process of ratification of the Charter (articles 4 and 6). Besides the initial signatory States, the Charter was left open for other independent American States to ratify it and thus become members of the OAS. The process of a State applying to membership in the OAS starts when the government of that State sends a note to the Secretary General stating the country’s will to sign and ratify the Charter, as well as abiding by the obligations inherent in membership (article 6). After that, the Permanent Council studies the request and then –if a two-thirds majority is reached in the Council among all Member States– recommends the General Assembly to authorize the Secretary General to allow the Applicant State to sign the Charter. Once the internal process of ratification is done, the Secretary General accepts the deposit of the instrument of ratification and thus the applying State becomes a Member State of the OAS. In the General Assembly the admission of new Member States requires a two-thirds majority of all Member States, like in the Permanent Council (article 7). A final issue to be noted while considering membership is that the OAS Charter contemplates the possibility of suspending a member state from participating in the

---

7 Organization of American States, “Our History”, *About the OAS*, [online], available at: [http://www.oas.org/en/about/our\\_history.asp](http://www.oas.org/en/about/our_history.asp). accessed on September 26th 2012.



organization, when its democratically constituted government has been overthrown by force (article 9); this decision has to be adopted by the General Assembly in a special session, with a two-thirds majority of the Member States. Until now, the decision of suspension has been only made twice: towards Cuba in 1962 after the Revolution that led Fidel Castro to power and Honduras in 2009 when the government of Manuel Zelaya was expelled from the country by the military, which was considered a *coup d'État*. Both these suspensions were lifted by the General Assembly –Cuba in 2009 and Honduras in 2011–, which also required a two-thirds majority of all Member States. Nowadays, the organization has as Member States all the 35 independent countries in the Americas, although Cuba has refused to participate again in the organization after its suspension was lifted in 2009.

A second key issue established in the Charter is the structure of the Organization. Its organs are outlined in article 53, either directly or indirectly. The directly mentioned organs are the General Assembly; Meeting of Consultations of Ministers of Foreign Affairs; Councils; Inter-American Juridical Committee; Inter-American Commission on Human Rights; General Secretariat; Specialized Conferences; and Specialized Organizations. However, the Charter left the door open for the creation of “subsidiary organs, agencies and other entities as are considered necessary”.

The first organ mentioned in the Charter is the General Assembly. It is the supreme organ of the Organization according to article 54, and its functions include: deciding the general action and policies of the Organization; determining the structure and functions of its organs, as well as coordinating their work; adopting its agenda by a two-thirds majority vote among all Member States; and considering reports from other organs. One of the main functions of this organ is approving the budget of the organization and determining the contributions or quotas of Member States. This budgetary approval is done after the Preparatory Committee of the General Assembly, which happens to be the Permanent Council following article 91.c, has reviewed and recommended the adoption of the proposal made by the Secretary General; according to article 55 decisions on all budgetary matters require a two-thirds majority vote. All Member States are equally represented in the General Assembly with one vote each; its decisions are adopted by an absolute majority, unless either the Charter or the General Assembly in its rules of procedure requires a two-thirds vote. The regular sessions of the General Assembly are held annually in a location that is rotated among Member States (for instance, the Forty-Second Regular session was held in Bolivia in June 2012, and the one before that in El Salvador in 2011), and special sessions are held when convened by the Permanent Council through a two-thirds vote of Member States. However it should be noted that the General Assembly was established only in 1967 through the Protocol of Buenos Aires, the first amendment of the Charter. Between 1948 –when the OAS was founded– and 1970 –when the Protocol of Buenos Aires entered into force– the ruling organ of the Organization were the Conferences of American States which met at varying intervals.<sup>8</sup>

---

8 *Ibid.*



The next organ to be mentioned in the Charter is the Meeting of Consultation of Minister of Foreign Affairs, which is convoked by the Permanent Council (requiring an absolute majority decision), after any Member State has so requested, in order to consider problems of an urgent nature and of common interest to the American States (article 61). So far there have been twenty-seven meetings, being the last one just several months ago (in August 24, 2012) to deal with the situation between Ecuador and the United Kingdom relating the inviolability of the Ecuadorian Embassy in London after this country granted political asylum to Julian Assange, the founder of Wikileaks.

Chapter XI of the Charter is devoted conjunctly to the “Councils” of the Organization, which are the Permanent Council and the Inter-American Council for Integral Development, where all Member States have the right to be represented. These Councils have certain functions as mandated by the Charter and other inter-American instruments, as well as the tasks assigned to them by either the General Assembly or the Meeting of Consultations of Ministers of Foreign Affairs. The Permanent Council has a broader scope than the Inter-American Council for Integral Development, because the latter has the function of “promoting cooperation among the American States for the purpose of achieving integral development and, in particular, helping to eliminate poverty” (article 94), while the former deals with issues ranging from the friendly relations between States (article 84) –establishing procedures of peaceful settlement of disputes, such as good offices; in the exercise of these the Council requires a two thirds majority, excluding the parties to the dispute, according to article 89– to administrative and executive tasks (article 91).

The fourth institution to be mentioned is the Inter-American Juridical Committee, with seat in Rio de Janeiro (Brazil), which is an advisory body of the organization in legal matters, intended mainly to promote the development and codification of international law. Its functioning and detailed regulation can be found in Chapter XIV of the Charter.

The next body to be mentioned in the Charter is the Inter-American Commission on Human Rights, which has the mandate of promoting the observance and protection of human rights; this Commission has been increasingly important within the organization, at the side of the Inter-American Court of Human Rights (with seat in San José, Costa Rica), which together comprise the Inter-American human rights system; it is to note, however, that the Court belongs to a different category of bodies of the organization called “subsidiaries organs, agencies and other entities”. These issues will be discussed in depth in Section II.I, when analyzing the successes and failures of the organization.

The Organization’s bureaucratic or administrative body is called the General Secretariat, which is headed by the Secretary General, who is elected by the General Assembly for a five-year term, with possibility of one term reelection (article 108). The General Secretariat performs duties assigned to it by the Charter, or by other bodies such as the General Assembly or the Councils; for example, it prepares reports on the functioning of the organization, deals with budgetary issues approved by other organs and provides secretariat and documental support to other organs. The Secretariat is also composed by the Assistant Secretary General and



several Secretariats, where international civil servants (the staff of the Organization) perform their duties. The Secretary General and the Assistant Secretary General may be removed by the General Assembly after a two-thirds vote of the Member States.

Finally, a very quick mention is to be done to other bodies in the organization: Specialized Conferences, Specialized Organizations and “Autonomous or Decentralized Organs”. The first ones are intergovernmental meetings convened to discuss certain technical matters or to develop specific aspects of inter-American cooperation (article 122). The Specialized Organizations are intergovernmental organizations established by multilateral agreements (i.e. treaties or conventions) that deal with technical matters of common interest to the American States (article 124); the most well-known is the Pan-American Health Organization, established in 1902 by the Second International Conference of American States. The last sentence of article 53 of the Charter established the possibility for the creation of new organs, agencies and entities as considered necessary; these are a multiplicity of organs that range from dealing with telecommunications to terrorism, to the Inter-American Court of Human Rights, created in 1969 to apply and interpret the American Convention on Human Rights, which will be analyzed in Section II.I.

## **Section II: Successes and failures of the Organization of American States in Human Rights, Democracy and Pacific Settlement of Disputes.**

Analyzing if the OAS has been a successful international organization or not, has to be done within the framework of what it actually does and what it was intended to do when it was founded. This is the reason why these questions are going to be developed around two major groups of the organization’s work: human rights and democracy, and the pacific settlement of disputes.

### **Section II.I: Human Rights and Democracy**

Since the foundation of the organization, the issues of human rights and democracy were thought to be fundamental in the work of the organization, and thus they were enshrined in a multiplicity of ways in the Charter: in the preamble, the purposes, principles and organs. All of the above embody the aim that the organization would serve to strengthen representative democracy and the respect and promotion of human rights in Member States.

Parallel to the adoption of the Charter in 1948, the Ninth International Conference of American States also adopted the “American Declaration of the Rights and Duties of Man”, which constituted the birth of the Inter-American human rights system.<sup>9</sup> The institutional

---

<sup>9</sup> Organization of American States, “What is the IACHR?”, *Inter-American Commission on Human Rights*, [online], available at: <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/what.asp>, accessed on October 28th 2012.



establishment of this system started in 1959 with the creation of the Inter-American Commission on Human Rights (herein after IACHR) –which had been already set by the Charter–, and in 1969 when the American Convention on Human Rights was adopted (it is worth mentioning that this Convention created the Inter-American Court of Human Rights), although the entry into force of this treaty was in 1978. Besides the above mentioned documents, the Inter-American human rights system counts with several more international law instruments such as the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture; the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights; the Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty; the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women; the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons; and the Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities.

The IACHR has the broad mandate of promoting the observance and protection of human rights according to article 106 of the Charter. To fulfill those tasks, the work of the IACHR has three main pillars: “the individual petition system, monitoring of the situation of human rights in the Member States, and the attention devoted to priority thematic areas”<sup>10</sup>. The individual petition system allows individuals from Member States who consider that their human rights have been violated, to file a petition before the IACHR. What the IACHR can do is that after studying the case, it issues recommendations to the accused Member State in order for it to repair the victim for the damage, restore the enjoyment of his rights and prevent possible future violations. The monitoring of the situation of human rights is done through issuing reports on an annual basis, both in a general scope and specific for countries (one Annual Report and one Country Report per year). Finally, when certain topics are considered especially important in relation to the human rights situation in the Americas, it falls in “thematic” category where there are both Thematic Reports and Thematic Rapporteurships –for instance Freedom of Expression, Rights of Women, Rights of Indigenous Peoples and many others–.

The other main body of the Inter-American human rights system is the Inter-American Court of Human Rights, which is an autonomous judicial body (unlike the IACHR which is not judicial and its decisions are not binding) of the organization. The Court has contentious and advisory jurisdictions, which means that they can render decisions in cases brought to it by the IACHR and Member States, and also give advisory opinions if requested by Member States or certain bodies of the OAS; both functions are related to the interpretation and application of the American Convention on Human Rights, but also other international treaties (like the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the area of Economic,

---

10 *Ibid.*





Social and Cultural Rights and the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women) which have given jurisdiction to the Court. Of all 35 Member States of the OAS, 25 have ratified the American Convention on Human Rights and 22 have recognized the jurisdiction of the Court.<sup>11</sup>

The establishment and functioning of the Inter-American human rights system is a success that could have only been achieved through the work of the OAS. Since 1987, when the Court rendered its first decision, until now, the Court has heard 250 contentious cases and given more than 20 advisory opinions.<sup>12</sup> The only other international human rights tribunal that exists in the world is the European Court of Human Rights, which is the European Union equivalent for this organ of the OAS. The work of the IACHR is also outstanding: per year they receive and evaluate around 1.000 petitions and cases. Notwithstanding the above, the Inter-American human rights system has flaws inherent to almost every international organization, in relation to the issue of sovereignty. Because Member States of the OAS are independent and sovereign, the decisions of the IACHR are not binding upon them (so they only follow the recommendations when they want to), and the jurisdiction of the Court has to be recognized in advance by the State; in fact, thirteen Member States of the OAS, including the United States and Canada, have not signed the Convention nor recognized the jurisdiction of the Court, making it impossible for it to study cases from these countries.

Another criticism, but highly related to the one just mentioned, is the passive role the human rights system had during the dictatorships and human rights violations that occurred all over the continent in the 1970s and 19780s. The explanation for this problem is the same principle of sovereignty and non-intervention recognized in international law, because only when the countries recognized the jurisdiction of the Court it was possible for it to start investigations and procedures, but this only happened in countries affected by dictatorships when those dictators left the countries (for instance Chile did it in 1990, a couple of months after Augusto Pinochet left power; Argentina recognized it in 1984, one year after the military had been replaced with a civilian, democratically elected government).

The second purpose of the OAS to be analyzed in this section is the promotion of democracy to which the organization is committed. Similarly to human rights, representative democracy is one of the most important principles and purposes of the organization as mentioned in the Charter, but it took several decades until that mandate became more concrete. During the first years of the organization's existence, it became trapped in the Cold War and consequently its member states, led by the United States, supported military regimes all over the continent as long as they were not communist. For example Chilean President Salvador Allende was killed during a *coup* in 1973, after which Augusto Pinochet ruled the

---

11 Organization of American States, "American Convention on Human Rights", Inter-American Commission on Human Right, [online], available at: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>, accessed on October 28th 2012.

12 Organization of American States, "Jurisprudencia", *Inter-American Court of Human Rights*, [online], available at: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, accessed on October 28th 2012.



country on a dictatorship for more than 15 years. Situations like that were common in South and Central America as well as the Caribbean. “By the early 1990s, however, Latin America was cresting on the “third wave” of democratization, and the region boasted a greater number of elected governments than ever before”,<sup>13</sup> which led in 1990 to the creation within the OAS of a Unit for the Promotion of Democracy (UPD) in order to consolidate democratic principles in the region. The main activity of the UPD was to send observation missions to electoral processes in member states of the organization to ensure that they were fair and transparent. This electoral assistance continues to be a key issue in the OAS, but now it has been taken over by the Secretariat for Political Affairs’ Department for Electoral Cooperation and Observation. It is important to realize that in order for these missions to intervene in a country’s electoral process, the previous invitation by the government of that country is required, thus guaranteeing national sovereignty and the principle of non-intervention of international law. Shortly after this, Resolution 1080 was adopted unanimously by the General Assembly in 1991 instructing the Secretary General that in case of any “sudden or irregular interruption of the democratic political institutional process or of the legitimate exercise of power by the democratically elected government in any of the Organization’s member states”, the Permanent Council should be immediately convened to examine the situation and decide whether to convene a Meeting of the Ministers of Foreign Affairs or a special session of the General Assembly to deal with the issue. Collective defense of democracy was further entrusted in the OAS by the adoption of the Washington Protocol in 1992, an amendment to the organization’s Charter that allowed the General Assembly to suspend a member state from participation in the organization if its democratically elected government was overthrown (procedure already mentioned in Section I). Thus, the OAS became “the first regional political organization to allow suspension of a member state in the event that its democratically elected government is overthrown by force”<sup>14</sup>, which sends a clear signal of the political commitment or will of using the organization as a guardian of democracy in the continent. The only time the Washington Protocol has been applied was the suspension of Honduras’ membership in 2009, already mentioned in Section I.

The final document to be mentioned in relation to the promotion of democracy is the Inter-American Democratic Charter adopted by the General Assembly in 2001 which enshrined democracy as a right of the peoples of the Americas as well as a duty of the governments to protect and promote.

It can be criticized that the Inter-American system for the protection and promotion of democracy took too long to be established, but it is due in a great extent to the fact that the organization can only reach as much as its member states agree to; since democracy issues were not the priority for the United States nor for the other countries –many of which were

---

13 Barry S. Levitt, “A Desultory Defense of Democracy: OAS Resolution 1080 and the Inter-American Democratic Charter”, *Latin American Politics & Society*, vol. 3, no. 48, 2006, p. 93.

14 Clare Ribando, “Organization of American States: A Premier”, United States Congressional Research Service, [online], available at: <http://www.fas.org/sgp/crs/row/RS22095.pdf>



led by undemocratic rulers– the OAS could not deal in depth with it. However, since it was established it was proven to be quite effective. Resolution 1080 has been invoked four times: Haiti in 1991, Peru in 1992, Guatemala in 1992 and Paraguay 1996.<sup>15</sup> The allegedly fraudulent 2000 Peruvian general elections, the 2002 Venezuelan *coup d'État* attempt against President Hugo Chávez, the 2009 Honduran *coup d'État* against President Manuel Zelaya and the one-day impeachment process of Paraguayan President Fernando Lugo in 2012 have also been important events in which the OAS has gotten involved when found an alteration of the democratic government processes, and thus being an important player in the hemisphere in the ensuring of stability and democratic governance among member states.

## Section II.II: Peaceful Settlement of Disputes.

Ensuring the peaceful settlement of disputes was considered essential to guarantee peace and security in the Americas and thus the states gathered in the Ninth International Conference of American States in Bogota in 1948 took two major steps to pursue this end: its inclusion as one of the purposes of the OAS and the adoption of the “American Treaty on Pacific Settlement” (Pact of Bogota), which have guided the work of the organization in this area. Both instruments of international law establish the commitment of party states to give peaceful settlement to disputes among them, for which they may use procedures such as direct negotiation, good offices, mediation, investigation and conciliation, judicial settlement, arbitration, as well as any other procedures the parties consider useful to settle their differences.

Among the permanent institutions of the OAS, the peaceful settlement of disputes is a primary responsibility of the Permanent Council, which “ shall keep vigilance over the maintenance of friendly relations among the Member States, and for that purpose shall effectively assist them in the peaceful settlement of their disputes” (article 84 of the Charter); when the above mentioned procedures of dispute settlement are not currently taking place, any of the parties to the conflict can submit the issue to the Permanent Council to obtain its good offices but if this is not accepted either by one of the parties, the Council reports the situation to the General Assembly.

Besides the above mentioned institutions, the Pact of Bogota refers the situation to organs of the United Nations; this is due to the fact that the OAS considers itself as a regional agency within the UN (article 1). However, it is required that disputing states try first the regional procedures of dispute settlement before the issue is referred to the Security Council. The Pact of Bogota also refers judicial procedures to the International Court of Justice, stating that “the High Contracting Parties declare that they recognize, in relation to any other American State, the jurisdiction of the Court as compulsory *ipso facto*, without the necessity of any special agreement so long as the present Treaty is in force, in all disputes of a juridical nature that arise among” (article XXXI

---

15 Organization of American States, “¿Por qué es importante la Carta Democrática Interamericana?”, Documentos Asamblea General 2001, [online], available at: [http://www.oas.org/charter/docs\\_es/porque\\_carta.htm](http://www.oas.org/charter/docs_es/porque_carta.htm), accessed on November 2nd 2012.



of the Pact). This article was used by the ICJ in the “Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)” case where Colombia denied that the Court had jurisdiction but its argument was refused saying that the Pact of Bogota had granted it in advance.

In the last decade, the OAS’ efforts to get involved in conflict resolution among member states was focused to the solution of territorial and border disputes through the establishment of the “Peace Fund”. This fund was created in 2000 by General Assembly Resolution 1756 (XXX-O/00) to “provide financial resources to OAS Member States that so request in order to enable the Organization to react swiftly to an unforeseen crisis resulting from a territorial dispute, as well as to strengthen the General Secretariat’s knowledge and experience in the field of territorial dispute settlements”. Since its creation, the fund has been actively involved in ensuring the adoption of procedures leading to the peaceful settlement of disputes in the following territorial conflicts: Belize and Guatemala; Honduras and Nicaragua; Honduras and El Salvador; Costa Rica and Nicaragua.

The conflict between Honduras and Nicaragua was the first one that led to the application of the fund and involved disagreement between the two countries on what their maritime boundaries were, starting in December 1999. The OAS action –directed by the Permanent Council– was very successful in this case, through facilitating negotiations and talks between the two countries which led their governments to sign agreements by which they committed to peaceful relations and submitting the maritime boundary claim to the ICJ for judicial settlement.

A few years later, in 2003, Honduras and El Salvador had a territorial dispute regarding the implementation of an ICJ ruling. The OAS got involved in this conflict when “at the request of both governments, the OAS General Secretariat and the Pan American Institute of Geography and History helped to resolve a series of technical problems that had prevented the full demarcation of the international border between the two countries”;<sup>16</sup> it is to note that the Pan American Institute of Geography and History is one specialized organization of the OAS, thus showing cooperation between different organs of the OAS to fulfill the purposes and principles embodied in the Charter.

The role of the organization in the territorial dispute between Belize and Guatemala is much more outstanding and thus is worth noting. These two countries have had a territorial dispute that has not been resolved yet, but they have taken several steps towards it, including the establishment of an “Adjacency Zone” (one kilometer in either direction from an adjacency line established by the two governments) which is administered conjunctly by Guatemala and Belize with a very active involvement of the OAS through the Office of the OAS General Secretariat in the Adjacency Zone (OAS/AZ). “The OAS/AZ Office serves as a neutral and reliable body that can investigate any incident that might occur in the Adjacency Zone and propose mediation options aimed at reducing tensions. It can also act as an independent body

---

<sup>16</sup> Magdalena Talamas, “Peaceful Settlement of Territorial Disputes”, *Américas. Official Publication of the Organization of American States*, Washington, 2011, p. 51



that can coordinate activities with armed forces, police, and other bodies of the governments of Belize and Guatemala in the Adjacency Zone”<sup>17</sup>, which proves that the OAS, given the support of the involved governments, can in fact give appropriate solutions to territorial dispute while preserving both security and sovereignty in the Americas.

Finally, the OAS played a crucial role in solving through good offices one of the most serious conflicts between two member states of the OAS in the past years: the diplomatic dispute between Colombia and Ecuador in 2008, following the entry of Colombian military forces to Ecuador to bomb a camp of a Colombian guerrilla group. The OAS got involved in this issue since it started. Following the procedures established in the Charter, the Permanent Council got seized of the matter and decided to convene a Meeting of Consultations of Ministers of Foreign Affairs, which decided “to instruct the Secretary General to use his good offices to implement a mechanism for observing compliance with this resolution and the restoration of an atmosphere of trust between the two Parties”<sup>18</sup>. The OAS Good Offices Mission in Ecuador and Colombia (MIB/OEA), as the just mentioned mechanism was called, was developed through the Peace Fund although it was not exactly a territorial dispute like the other cases. The role of the Secretary General in confidence-building helped a lot to resolve the crisis and restore diplomatic relations between the two countries.

---

17 Ibid, p. 52

18 Organization of American States, Meeting of Consultations of Ministers of Foreign Affairs, Resolution of the Twenty-Fifth Meeting of Consultations of Ministers of Foreign Affairs, 2008.



## Conclusion

The work that the OAS has done throughout its history in a variety of fields has to be recognized as one of the factors that promoted development and moved the Americas forward. Human rights, democracy and dispute settlement discussed in this paper were just a show of all the work that the organization has done; other important areas of the organization's work are cooperation for development (highly noting the creation of the Inter-American Development Bank), as well as indigenous peoples issues, terrorism, disarmament, among others..

It is true that the OAS still faces many challenges, including the creation of new international organizations in the Americas –like the Union of South American Nations, UNASUR and the Community of Latin American and Caribbean States, CELAC– which some consider to be overlapping with the OAS work. However, these deficiencies cannot be attributed to the organization per se, since they are mostly due to the attitude and commitment of member states to the organization. If regional powers like the United States, Brazil and in a much lesser extent Venezuela, do not use the tools available through the OAS to discuss and align in inter-American cooperation it is missing a great opportunity because the OAS already has an institutional and legal framework, as well as experience dealing with multiple issues, which can make member state's actions more efficient and thus lead to complying with the purposes and principles stated in the Charter, to which all member states can agree on. Notwithstanding the above, the real threat for the OAS is the ideological division between certain Latin American states and the United States, which has conducted to lack of cooperation within the OAS, but the organization as such is not guilty of this lack of commitment of member states towards its purposes and principles. Evaluating the past performance of the organization, it can be seen that it has in fact promoted inter-American cooperation in a variety of fields –which was the purpose for its creation– and it has definitely helped the Americas move forward, in spite of the flaws it may have. However, these flaws cannot deny the progress the OAS has brought, and in no way can justify its elimination, as some politicians suggest.



## Bibliography

- Aliaga, Rodolfo, "Hugo Chávez plantea acabar con la OEA si no cumple con las reformas", *La Razón* (June 5th 2012), [online], available at: [http://www.la-razon.com/nacional/Hugo-Chavez-plantea-OEA-reformas\\_0\\_1627037353.html](http://www.la-razon.com/nacional/Hugo-Chavez-plantea-OEA-reformas_0_1627037353.html)
- Bennett, A. LeRoy, *International Organizations: Principles and Issues*, 6th Ed., Englewood Cliffs (NJ), Prentice Hall, 1995.
- Levitt, Barry S., "A Desultory Defense of Democracy: OAS Resolution 1080 and the Inter-American Democratic Charter", *Latin American Politics & Society*, vol. 3, no. 48, 2006.
- Organization of American States, «¿Por qué es importante la Carta Democrática Interamericana?», *Documentos Asamblea General 2001*, [online], available at: [http://www.oas.org/charter/docs\\_es/porque\\_carta.htm](http://www.oas.org/charter/docs_es/porque_carta.htm), accessed on November 2nd 2012.
- "American Convention on Human Rights", *Inter-American Commission on Human Right*, [online], available at: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>, accessed on October 28th 2012.
- "Jurisprudencia", *Inter-American Court of Human Rights*, [online], available at: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, accessed on October 28th 2012.
- "Our History", *About the OAS*, [online], available at: [http://www.oas.org/en/about/our\\_history.asp](http://www.oas.org/en/about/our_history.asp), accessed on September 26th 2012.
- "What is the IACHR?", *Inter-American Commission on Human Rights*, [online], available at: <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/what.asp>, accessed on October 28th 2012.
- Meeting of Consultations of Ministers of Foreign Affairs, *Resolution of the Twenty-Fifth Meeting of Consultations of Ministers of Foreign Affairs*, 2008.
- Ribando, Clare, "Organization of American States: A Premier", *United States Congressional Research Service*, [online], available at: <http://www.fas.org/sgp/crs/row/RS22095.pdf>
- Rogin, Josh, "House panel votes to defund the OAS", *Foreign Policy Magazine* (July 20th 2011), [online], available at: [http://thecable.foreignpolicy.com/posts/2011/07/20/house\\_panel\\_votes\\_to\\_defund\\_the\\_oas](http://thecable.foreignpolicy.com/posts/2011/07/20/house_panel_votes_to_defund_the_oas)
- Schiavone, Giuseppe, *International Organizations. A Dictionary*, 4th Ed., London, Macmillan, 1997.
- Talamas, Magdalena, "Peaceful Settlement of Territorial Disputes", *Américas. Official Publication of the Organization of American States*, Washington, 2011.

Published by the Law School of Universidad EAFIT  
Medellín - Colombia  
December 2013

EAFIT Journal of International Law  
July - December 2013