

Comité Jurídico Interamericano

Curso de Derecho Internacional

**48°
2023**



OEA

Más derechos para más gente

Secretaría General
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Departamento de Derecho Internacional

Carta de la Organización de los Estados Americanos

Capítulo XIV

El Comité Jurídico Interamericano

Artículo 99

El Comité Jurídico Interamericano tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente.

Artículo 100

El Comité Jurídico Interamericano emprenderá los estudios y trabajos preparatorios que le encomienden la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los consejos de la Organización. Además, puede realizar, a iniciativa propia, los que considere conveniente, y sugerir la celebración de conferencias jurídicas especializadas.

Artículo 101

El Comité Jurídico Interamericano estará integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, elegidos por un período de cuatro años, de ternas presentadas por dichos Estados. La Asamblea General hará la elección mediante un régimen que tenga en cuenta la renovación parcial y procure, en lo posible, una equitativa representación geográfica. En el Comité no podrá haber más de un miembro de la misma nacionalidad.

Las vacantes producidas por causas distintas de la expiración normal de los mandatos de los miembros del Comité, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización siguiendo los mismos criterios establecidos en el párrafo anterior.

Artículo 102

El Comité Jurídico Interamericano representa al conjunto de los Estados miembros de la Organización, y tiene la más amplia autonomía técnica.

Artículo 103

El Comité Jurídico Interamericano establecerá relaciones de cooperación con las universidades, institutos y otros centros docentes, así como con las comisiones y entidades nacionales e internacionales dedicadas al estudio, investigación, enseñanza o divulgación de los asuntos jurídicos de interés internacional.

Artículo 104

El Comité Jurídico Interamericano redactará su estatuto, el cual será sometido a la aprobación de la Asamblea General.

El Comité adoptará su propio reglamento.

Artículo 105

El Comité Jurídico Interamericano tendrá su sede en la ciudad de Río de Janeiro, pero en casos especiales podrá celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente se designe, previa consulta con el Estado miembro correspondiente.

Las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad de cada uno de los autores y no necesariamente reflejan la postura de la Organización de los Estados Americanos.

Comité Jurídico Interamericano



Curso de Derecho Internacional

**48°
2023**

Organización de los Estados Americanos
Secretaría General
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Departamento de Derecho Internacional

OAS Cataloging-in-Publication Data

XLVIII Curso de Derecho Internacional / preparado por el Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, del 31 de julio al 11 de agosto de 2023.

p. ; cm. Includes bibliographical references. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.Q)

ISBN 978-0-8270-7829-1

1. International law--Study and teaching--Congresses. 2. International relations--Study and teaching--Congresses. 3. Conflict of laws--Study and teaching--Congresses. 4. Pan-Americanism. I. Organization of American States. Secretariat for Legal Affairs. Department of International Law. II. Inter-American Juridical Committee. III. Title. IV. Series. JX3091.C8 2023

OEA/Ser.Q/V.C-48



48° Curso de Derecho Internacional
Río de Janeiro, Brasil, 31 de julio al 11 de agosto de 2023

Tabla de Contenidos

Presentación	11
Desafíos en el Derecho Internacional Privado Roberto Ruiz Díaz Labrano, Profesor de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración de la Universidad Nacional de Asunción	15
La querrela de la conquista y la génesis del Derecho Internacional Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Profesor de Derecho Internacional de la FND-UFRJ y de la UERJ	75
Régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro en los países miembros de la Organización de los Estados Americanos Ramiro Orias Arredondo, Miembro, Comité Jurídico Interamericano	121
La atribución de las conductas bajo el régimen de la responsabilidad internacional de los Estados: Nuevos desafíos para el derecho internacional contemporáneo Dante Mauricio Negro Alvarado, Director del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos	161
International Law before domestic courts Mathias Forteau, Professor at the University Paris Nanterre, Member of the CEDIN (Centre de droit international de Nanterre) and Member of the International Law Commission	213
Familias internacionales ante nuevos desafíos globales: ¿novedades en sustracción? Demoras, mediación y el caso Córdoba vs. PARAGUAY Nuria González Martín, Profesora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México	271

**El tercer mundo y los derechos humanos: Bandung y la
descolonización** **335**

João Henrique Ribeiro Roriz, Profesor de la Universidad Federal de
Goiás

**El arbitraje transnacional: del exitoso presente al
futuro incierto** **375**

Diego P. Fernández Arroyo, Profesor de la Universidad Sciences Po
París, arbitraje comercial y de inversiones; derecho internacional
privado; derecho del comercio internacional y derecho comparado

Anexo I – Programa del Curso **417**

Anexo II – Lista de Participantes **425**

R o b e r t o R u i z
D í a z L a b r a n o
P a u l o E m í l i o
V a u t h i e r
B o r g e s d e M a c e d o
R a m i r o G a s t ó n
O r i a s A r r e d o n d o
D a n t e M a u r i c i o
N e g r o A l v a r a d o
M a t h i a s F o r t e a u
N u r i a G o n z á l e z M a r t í n
J o ã o H e n r i q u e
R i b e i r o R o r i z
D i e g o P .
F e r n á n d e z A r r o y o

Presentación

El Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) tiene el honor de presentar esta publicación que recoge, a manera de artículos, las clases impartidas durante el 48° Curso de Derecho Internacional que tuvo lugar del 31 de julio al 11 de agosto de 2023 en Río de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano.

A lo largo de sus 47 años de existencia, el Curso de Derecho Internacional ha ofrecido a los abogados de las Américas un espacio para estudiar y abordar, desde una perspectiva jurídica, los temas más relevantes de la agenda interamericana.

En esta ocasión, se abordaron temas sobre el Sistema Jurídico Interamericano y la OEA, Principios Interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro, y los aportes del Comité Jurídico Interamericano al desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional.

Asimismo, esta edición del Curso buscó también ampliar la cultura jurídica de los estudiantes, incorporando temas vanguardistas de derecho internacional privado como las dimensiones actuales del Derecho Internacional Privado, el Arbitraje Transnacional: del exitoso presente al futuro incierto y las Familias internacionales ante los nuevos desafíos globales.

No podían faltar temas de derecho internacional público, entre ellos, la responsabilidad internacional de los Estados y los nuevos desafíos para el mundo contemporáneo, la querrela de la Conquista y el nacimiento del derecho internacional, así como, el tercer mundo y los derechos humanos: Bandung, racismo y descolonización

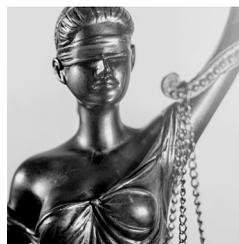
Finalmente, el temario se enriqueció con el estudio de temas técnicos de derecho internacional como *Litigating International Law before Domestic Courts* (El Derecho internacional ante los tribunales nacionales), así como la cooperación jurídica internacional.

Lo anterior sirve para ilustrar la riqueza del temario del 48° Curso, pero será la lectura de este ejemplar la que dé testimonio del altísimo nivel técnico y profesional de la plantilla de los reconocidos profesores - diplomáticos, funcionarios internacionales, jueces, académicos, y expertos internacionales, que, en combinación con el talento y la participación del grupo de alumnos, lograron que el 48° Curso de Derecho Internacional se desarrollara exitosamente, cumpliendo su misión de contribuir a la difusión y el desarrollo del derecho internacional entre los Estados miembros de la OEA.

Esperamos que esta publicación sea una herramienta útil y accesible para quienes buscan entender mejor el derecho internacional tanto público como privado y su valioso aporte al desarrollo de las Américas.

Sumario

- I.** *El Derecho internacional privado. Relación privada con elementos de internacionalidad.*
- II.** *La complejidad de las cuestiones vinculadas al Derecho Internacional Privado.*
- III.** *Las normas de conflicto y sus limitaciones*
- IV.** *Las nuevas tendencias del derecho internacional privado.*
- V.** *Los inicios de la revolución americana.*
- VI.** *Los criterios de preferencia.*
- VII.** *Los intentos de supresión de las reglas de conflictos.*
- VIII.** *Las políticas legislativas conviviendo con las normas de conflicto.*
- IX.** *El Restatement of the Law Second.*
- X.** *Análisis de la crisis de las normas de conflicto.*
- XI.** *Efecto de las nuevas doctrinas norteamericanas.*
- XII.** *Flexibilidad y previsibilidad.*
- XIII.** *Las doctrinas alemanas de flexibilización.*
- XIV.** *Algunas conclusiones sobre el aporte de estas doctrinas.*
- XV.** *El DIPr. en continua evolución.*
- XVI.** *Ley aplicable a los contratos internacionales.*
- XVII.** *El derecho de las sociedades abiertas.*
- XVIII.** *Fuentes del Derecho Internacional Privado.*
- XIX.** *Diálogo de Fuentes.*
- XX.** *Conclusión.*
- XXI.** *Bibliografía.*



**Roberto Ruiz
Díaz Labrano¹**

Desafíos en el Derecho Internacional Privado

I. El Derecho internacional privado. Relación privada con elementos de internacionalidad

El derecho internacional privado² surge como consecuencia de actos y situaciones jurídicas privadas con elementos extranjeros, que vinculan y conectan toda o parte de la relación jurídica con una diversidad de leyes que podrían resultar aplicables para determinar la legislación competente y resolver adecuadamente un litigio o controversia³.

El DIPr se ocupa así de relaciones privadas de naturaleza civil o comercial, de los sujetos, la naturaleza del acto, las formas y las obligaciones objeto de la relación, que pueden ser elementos de situación extraterritorial, por lo cual el juez, antes de aplicar la ley material, debe resolver previamente cuál ley material aplicar, la ley nacional o la extranjera.

Sintetizando, la labor principal del derecho internacional privado es buscar la solución jurídica en las relaciones privadas que están sometidas a más de una legislación nacional y que tengan vocación para resolver una controversia; plantea al juez la eventualidad de aplicación de un derecho extranjero⁴.

El DIPr. ha evolucionado sobre la base de ubicar – determinar – fórmulas normativas para indicar el derecho por el cual se deben resolver relaciones y situaciones privadas con elementos de internacionalidad. En algunos sistemas, como los nuestros, lo hace partiendo de normas indicativas o de conexión – normas de conflicto - que conducen a la norma material o de fondo que resulta adecuada para la solución.

Sintéticamente como lo señala Basedow “El fin tradicional de una ley de derecho internacional privado consiste en perfilar la línea exterior en

“...la labor principal del derecho internacional privado es buscar la solución jurídica en las relaciones privadas que están sometidas a más de una legislación nacional y que tengan vocación para resolver una controversia; plantea al juez la eventualidad de aplicación de un derecho extranjero.”

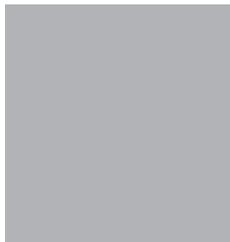
el ámbito de aplicación de la ley sustantiva y, en consecuencia, referirse en condiciones *mutatis mutandis* a la aplicación de la ley extranjera”⁵. Los derechos nacionales contemplan normas de conflicto, que se establecen como normas de conexión y esta disciplina, como menciona el autor citado, persigue minimizar el impacto que la existencia de distintos ordenamientos jurídicos provoca en las situaciones y actos transnacionales⁶.

En la actualidad se han multiplicado exponencialmente las relaciones privadas internacionalizadas, una verdadera explosión de situaciones con elementos que se vinculan a ordenamientos jurídicos estatales distintos

que podrían indicar la ley aplicable, lo mismo cabe decir con relación a la jurisdicción competente para dirimir tales situaciones. Ramón Silva Alonso menciona que “En la vida de nuestros días se entablan relaciones que afectan a múltiples comunidades, a múltiples Estados. El hombre contemporáneo vive una vida que interesa a diversas sociedades jurídicas”⁷.

La facilidad en las comunicaciones y de trasladarse de un Estado a otro, el intercambio comercial, la influencia que posee Internet en la interconexión y el desarrollo del intercambio personal o comercial, influyen para el aumento de las relaciones jurídicas transfronterizas, ¿ante tal situación es forzoso analizar cómo responde el derecho? Los instrumentos tradicionales de que se sirve el derecho internacional privado pueden resultar significativamente insuficientes.

Una enorme cantidad de actos y relaciones se realizan a diario en todo el mundo, que a más de agudizar la preocupación por la complejidad que representa, aumenta la incertidumbre sobre las fórmulas jurídicas a aplicar, la forma y alcance con que debe ser apreciado el derecho, así como el bagaje cultural que envuelve toda legislación sobre todo cuando se trata de



sistemas y costumbres diferentes, todas estas circunstancias provocan un desafío para el derecho internacional privado.

La diversidad de ordenamientos jurídicos estatales y en ellas las leyes con las cuales se vincula la relación jurídica, es la fuente en la que se desarrolla la labor intelectual en esta materia, permite verificar las aristas jurídicas que presenta el caso de derecho internacional privado cuyos mecanismos nos permite determina la ley apropiada para una solución justa⁸.

Investigar las normas extranjeras, adentrarnos en las leyes y códigos y examinar que convenio o tratado internacional resulta aplicable al caso concreto, es ciertamente desafiante. El simple hecho de tener que introducirnos en el derecho extranjero al que nos conduce un elemento de la relación jurídica, pone en evidencia los problemas que se plantean en el

DIPr y no son pocas las dificultades intelectuales para la determinación del “derecho” aplicable o la jurisdicción a la cual corresponda entender.

II. La complejidad de las cuestiones vinculadas al Derecho Internacional Privado

No pocos consideran al derecho internacional privado como materia rodeada de un halo misterioso, llena de matices y reglas no fácilmente comprensibles; esta apreciación se puede entender porque transita la mayor de las veces por terrenos desconocidos, es que trascender el derecho propio, nos introduce en el ordenamiento extranjero y la no aplicabilidad de aquellas leyes a las que estamos acostumbrados⁹.

Con la diversidad legislativa que representan los ordenamientos jurídicos estatales, alguna de las cuales

pueden ser vinculadas a cuestiones de derecho internacional privado, así como en ellos las nuevas leyes dictadas por los órganos legislativos, se presenta la ampliación de las relaciones con las que se confronta la disciplina. Es producto de la evolución y la transnacionalización de las relaciones civiles y comerciales, lo cual aumenta la complejidad que se atribuye a esta rama del derecho.

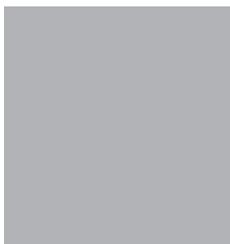
Son cada vez más las situaciones que desbordan las fronteras jurídicas que precisan de soluciones sobre la ley aplicable y la jurisdicción competente, para una justa solución en caso de conflictos. No por otra cosa el derecho internacional privado aparece como una disciplina que, tanto en su análisis doctrinario como en su aplicación práctica, genera controversias. Su comprensión y su enseñanza no es simple, sus múltiples aristas e instituciones especiales, provocan comprensible de inquietud.

Prosser considera que “El ámbito del conflicto de leyes es un pantano deprimente, lleno de atolladeros temblorosos y habitado por profesores eruditos pero excéntricos que teorizan sobre asuntos misteriosos en una jerga extraña e incomprensible.

El tribunal ordinario o el abogado están bastante perdidos cuando se ven envueltos y enredados en él”¹⁰. Esta opinión que data de 1953 si bien proviene de un profesor especializado en responsabilidad civil, llama la atención porque expone la dramática apreciación de la materia desde otros ángulos del mundo jurídico.

Haciendo alusión a la frase José Javier Ezquerro Ubero expresa “El DIPriv ha sido considerado como una materia arcana”¹¹, y remitiéndose a lo expresado por Prosser señala “Seguramente estas afirmaciones son exageradas, pero ponen llamativamente de relieve una realidad indiscutible: el DIPriv es una disciplina compleja. Esta complejidad conlleva, como es natural, dificultades adicionales de interpretación”¹².

Debemos reconocer que la disciplina es ciertamente compleja y llena de desafíos por la internacionalidad de los elementos de las relaciones que presenta y ciertamente puede resultar deprimente para quienes, ante un problema de aplicación, no reconozcan fácilmente como resolverlos por la diversidad de mecanismos de posibles soluciones que provee actualmente la materia.



En tal sentido María Elsa Utzal y María Susana Najurieta reflexionan “El derecho internacional privado exhibe en nuestros días una particular complejidad, producto de la mundialización, que acompaña a la evolución de la comunidad internacional y que aparece como entorno ambiental de las relaciones multinacionales. En ese marco, el DIPr. se muestra como un sistema de coordinación entre ordenamientos de fuentes de diverso origen: comunitario, internacional y nacional, en el que adquiere creciente gravitación el conflicto de jurisdicciones y en el que van cambiando los paradigmas clásicos, de modo que la solución de los conflictos de leyes, no solo transita por los carriles de la norma de conflicto típica, sino que esta se materializa en normas directas, en las que juegan su influencia de modo cada vez más evidente, las nociones de los derechos humanos, los principios de orden público y el respeto de las disposiciones internacionalmente imperativas”¹³.

Ralf Michaels indica que “El derecho internacional privado es comúnmente criticado por su tecnicismo, los atolladeros temblorosos de los que habla Prosser. La gente dice una y otra vez que debe ser posible hacerlo más fácil, que es demasiado complicado. La respuesta es que el derecho internacional privado es tan complicado como el objeto de su regulación”¹⁴.

La pluralidad de derechos es compleja porque no podemos pensar dentro de un sistema legal en el que podamos crear coherencia y consistencia. Tenemos diferentes sistemas legales con valores muy diferentes y ningún meta nivel desde el cual estos conflictos puedan decidirse de manera neutra. La complejidad del derecho internacional privado es, por tanto, consecuencia de la complejidad del problema a abordar. La técnica que utiliza el derecho internacional privado para este fin es, a su vez, un método notable para reducir la complejidad, como dice Luhmann”¹⁶.

Es forzoso reconocer que la formación de quienes se sumergen en la doctrina del derecho internacional privado y en diversidad de situaciones jurídicas que se presentan cada vez más y que requieren certeza sobre la ley aplicable y la jurisdicción competente, puede parecer misterioso, porque de alguna manera exige un conocimiento profundo del derecho y la capacidad de adentrarse en el derecho propio y extranjero, lo que no es tarea fácil.

Se ha dicho que “La mayoría de los profesores de conflictos de leyes llegan a su vocación porque están fascinados con la variedad intelectual de la materia y el sentido de universalidad sistémica que impregna las decisiones legales con las que trabajan. Después de todo, nos ocupamos de algunos aspectos muy fundamentales del derecho y del sistema jurídico en un mundo de fascinantes abstracciones mezcladas con decisiones concretas”¹⁷.

III. Las normas de conflicto y sus limitaciones

Las normas de conflicto como solución para resolver la enorme cantidad de situaciones privadas con elementos

extranjeros, evidencia ciertas limitaciones del sistema, se le atribuye haber estancado el progreso del derecho internacional privado y que luego de las fórmulas expuestas por Savigny nada nuevo había aparecido en adelante. La reacción dio lugar a diversos aportes que contribuyen a sentar las bases para nuevas fórmulas propuestas por la doctrina.

Las nuevas corrientes apuntan a la sustitución de las normas de conflicto por normas de solución material, sea por medio de fuentes convencionales, o a una construcción jurídica para la solución material de la cuestión jurídica específica. Más que una crisis, existen nuevos desafíos, toda crisis tiene por consecuencia la aparición de nuevas teorías, constituye el paso previo y necesario para toda evolución en el derecho y no ha sido distinto en el derecho internacional privado.

Teresita Saracho Cornet y Dreyzin de Klor, Adriana¹⁸ apuntan “En la transformación del DIPr intervienen una serie de factores que conducen a la superación de la concepción clásica tradicional. Cada uno, individualmente considerado, amerita una ponderación particular por la incidencia en el fenómeno producido. La situación que se plantea ante la imposibilidad

de lograr una unidad jurídica de la relación privada internacional mediante la concepción clásica no surge intempestivamente: varios de los elementos que contribuyen a la transformación, subliminalmente estaban presentes sólo que emergen de manera muy pausada.

Comienza así a perfilarse un nuevo rumbo en el modo de abordar las relaciones privadas de tráfico externo, dejando atrás de forma paulatina aquel otro en el que las ideas del “elemento extranjero”, del “conflicto de leyes”, de la “puesta en común de instituciones” y de la “selección del derecho aplicable”, representaba de manera relativamente coherente la ambientación, objeto y funciones de esta materia.

IV. Las nuevas tendencias del derecho internacional privado

Luego de un largo tiempo de aplicación pacífica del bilateralismo savigniano (conflicto de leyes – normas materiales), el método comenzó a ser cuestionado por no estar adecuado a la evolución del derecho y las relaciones vinculadas a ordenamientos multiestatales, como también por la insuficiencia que presentaban los

ordenamientos jurídicos estatales por ausencia de norma de conflicto específica.

Estas críticas dieron lugar a la denominada “revolución de los conflictos en América” sobre la base de nuevas teorías sobre la ley aplicable¹⁹. Para la elección de la ley aplicable fueron expuestas como indicadas la relación más significativa, relevante o de mayor proximidad (Willis Reese), criterios como el de aplicar la ley preferente (Albert Ehrenzweig), tener presente el análisis del interés gubernamental involucrado (Breiner Currie), tener presente los principios de preferencia (Cavers), optar por ley de mayor interés o de mayor influencia sobre la relación (Robert Leflar's) y planteamiento como los de Arthur von Mehren, Donald Trautman, así como Russel Wintraub a favor de un acercamiento de naturaleza funcional para la opción de la ley aplicable²⁰.

Estas doctrinas han revolucionado el sistema clásico de solución teniendo presente la ley del Estado con el mayor interés en la relación, estas corrientes generalmente se ejemplifican a través de los planteamientos de David F. Cavers, Breinerd Currie y de Willis Resse por medio del Segundo Restatement.

V. Los inicios de la revolución americana

Uno de los primeros en iniciar la nueva tendencia ha sido David F. Cavers²¹, su doctrina se construye por medio de una crítica al método tradicional de solución de los conflictos de leyes, al señalar que éste no toma en cuenta el contenido substancial de la ley a la cual ella vincula la relación litigiosa, método que califica como reglas mecánicas que no tienen en cuenta la solución material²².

Los conflictos de leyes deben ser encarados no como conflicto entre sistemas jurídicos, sino como conflicto de normas materiales interesadas y en oposición, para de este modo resolver el caso concreto, buscando la conexión más decisiva a fin de lograr la justicia material. “La solución de los conflictos de leyes debe buscarse en vista de las consecuencias materiales que se alcance, según sea aplicado uno u otro Derecho; comparando estas soluciones es como el juez puede elegir la ley cuya aplicación produzca las más satisfactorias (“better rule”) sin perder de vista la posibilidad de que las relaciones privadas con algún elemento extranjero puedan exigir soluciones diferentes a las análogas que no trascienden del derecho local”²³.

La elección de la ley aplicable no debe ser el resultado de una operación automática, de una regla o un principio de conexión que funcione independientemente del contenido de las reglas materiales en conflicto, debe ser el resultado de una decisión que sea materialmente justa para el caso discutido, tomando en consideración las normas substanciales que se encuentran en conflicto para la “búsqueda de la justicia en el caso individual”, como también se ha denominado a su doctrina.

La concepción de Cavers conduce directamente a la búsqueda de la solución material más justa, abandonando la solución ciega y clásica de la ley aplicable por medio de las reglas de conflicto, al dotar al juez flexibilidad para ubicar la norma substancial a la relación jurídica. Sostiene que mientras el mismo no realice un “juicio de valor” toda conexión a una ley es provisoria y sólo son referencias por las cuales el juez debe ubicar la solución material justa.

En el desarrollo de sus ideas, tuvo no obstante que admitir ciertas reglas, no como normas de conflictos, sino como principios de preferencia, guías para la decisión y que faciliten un amplio campo de acción a la actividad del

juez, para adoptar las reglas materiales a fin de que el caso sea resuelto como mejor convenga al caso particular y con justicia²⁴.

VI. Los criterios de preferencia

Los criterios de preferencia apuntan a la ley que tenga mayor incidencia o interés en la relación, por ejemplo, en materia de responsabilidad ex delicto las leyes a considerar son: La del país donde se verifica la lesión jurídica; la del lugar donde tuvo lugar el hecho dañoso; la ley del domicilio del autor del hecho, y cuando exista una relación entre el autor y la víctima del daño, la ley que regula esa relación.

Constituyen puntos de conexión similares a los de las reglas de conflictos, pero es en la elección de la ley material en que el método se muestra enteramente diferente, según esta doctrina, de esta forma establecer la preferencia los criterios se simplifican, porque se podrá escoger tomando en cuenta: a. La ley que otorgue mayor protección a la víctima. b. La ley que regule la relación existente entre las partes. No obstante, es correcto afirmar que en el fondo no se trata sino de reglas de conflicto con

“Los conflictos de leyes deben ser encarados no como conflicto entre sistemas jurídicos, sino como conflicto de normas materiales interesadas y en oposición, para de este modo resolver el caso concreto, buscando la conexión más decisiva a fin de lograr la justicia material.”

características especiales para configurar un conflicto entre normas materiales, por lo mismo que no analiza solo la conexión en el espacio sino también el contenido que indican tales normas²⁵.

VII. Los intentos de supresión de las reglas de conflictos

Brainerd Currie²⁶ es partidario de la supresión de las reglas de conflicto y de buscar la ley aplicable a través del método de investigación de los límites de aplicación de las normas materiales sobre la base de un concepto que se traduce en el interés del estado o “governmental interest”.

Su doctrina se basa en la existencia de una suerte de “policy interest” o política del Estado sobre toda norma jurídica a ser aplicada, en los conflictos de leyes se debe buscar satisfacer los intereses gubernamentales tenidos en cuenta para la sanción de la ley. La noción de “governmental interest” se traduce en que el Estado tiene interés en determinar el campo de aplicación de toda regla de derecho, los conflictos de leyes se convierten en conflicto de intereses gubernamentales.

Frente a las relaciones privadas de carácter internacional los tribunales deben realizar una labor de análisis de las políticas o intereses estatales comprometidos en la sanción de las leyes llamadas a entender en la cuestión, a fin de concretar la finalidad jurídica de la ley sobre ciertas pautas, en especial cuando se produce un conflicto de intereses estatales y uno de ellos es el del foro, la ley aplicable será la lex fori e igual solución aunque el Estado del foro no tenga un interés directo cuando la solución se presenta difícil en el discernimiento de la ley extranjera.

Se ha indicado que esta doctrina, ofrece dificultades para determinar la política estatal en la sanción de las diversas leyes y si ya resulta difícil ubicar la

ley material aplicable, analizar la razón que se tuvo en cuenta para la sanción de dicha ley presenta un considerable nuevo obstáculo que superar.

VIII. Las políticas legislativas conviviendo con las normas de conflicto

La doctrina propugnada por Albert Ehrenzweig²⁷, posee fuertes vínculos con la de Currie en cuanto a análisis de la política legislativa, pero no rechaza las reglas de conflicto, las que para él deben ser aplicadas con primacía de la lex fori, aplicando la ley extranjera sólo de modo excepcional, la regla de conflicto debe estar establecida o determinada legislativamente o por la jurisprudencia constante. De no existir estas reglas la lex fori determina la ley aplicable “residuary rules” papel residual de la ley del foro.

La función o secuencia que el juez del foro debe seguir es la siguiente²⁸:

1. Averiguar en primer lugar si existe alguna norma de conflicto legislativa o jurisprudencial que le obliga a aplicar alguna norma material específica;
2. En ausencia de las normas antes mencionadas, la determinación de la ley aplicable debe ser hecha a partir de la ley material del foro. Si la lex fori se declara competente expresamente,

se está en presencia de una “rule of non-choice”, pero si la *lex fori* rechaza su competencia se procederá a determinar la ley aplicable, “choice-law”; 3. Para la elección de la ley aplicable se atenderá a la “policy interest” de la legislación del foro, y si de este análisis surge la aplicabilidad de una ley extranjera se aplicará esta, y si no es posible determinarla, subsidiariamente se aplicará la *lex fori*; 4. Para evitar la búsqueda de una legislación y jurisdicción artificiosa, Ehrenzweig ha propuesto desestimar las decisiones que no tengan una vinculación con el caso. 5. La *lex fori* no ser aplicada, si constituye una causa de injusticia para las partes²⁹.

IX. El Restatement of the Law Second

La mayor representación de las nuevas tendencias se produce con el Restatement of the Law Second³⁰, o segundo Restatement preparado por encargo del American Law Institute a una comisión de especialistas liderada por Willis L. M. Reese³¹. La doctrina constituye una flexibilización en la elección de la ley aplicable, la que se ubica por medio de la relación más significativa como criterio de elección. La doctrina esbozada por Reese se fundamenta en que, los jueces para

la solución del conflicto deben ajustar su decisión a la política legislativa del Estado y deben aplicar su propio derecho, siempre que no existan razones para obrar de otra manera por razones de justicia, pero debe ser la *lex fori* la que determine si por la finalidad buscada se aplicará o no una ley extranjera.

Como sistema de aplicación de los conflictos de leyes, el Segundo Restatement adopta principios básicos que, según se estima, sustentan esta esfera están expuestos en la Sección 6. que es la norma básica en materia de conflictos de leyes, establece los principios relativos al conflicto de leyes:

1. El Tribunal, con sujeción a las restricciones constitucionales, aplicará las normas legales de su Estado para determinar las cuestiones relativas al conflicto de leyes.
2. Cuando no existieren esas normas, se tendrán en cuenta los siguientes factores relativos a la ley aplicable: a) las necesidades de los sistemas interestatal e internacional; b) las políticas pertinentes del Estado de la *lex fori*. c) las políticas pertinentes de otros Estados interesados y los intereses relativos de dichos Estados en la determinación de la cuestión respectiva;

d) la protección de las expectativas justificadas; e) las políticas básicas en que se sustentare la materia jurídica específica; f) la certidumbre, la predictibilidad y la uniformidad de resultado; y g) la facilidad para determinar y aplicar la ley que regirá.

Estos son los criterios que deben de ser considerados para determinar las cuestiones relativas al conflicto de leyes. Se habrá advertido que de acuerdo con las normas concretas del Segundo Restatement, en la solución se debe prestar atención al problema específico para determinar si una situación es de excepción y, por tanto, no exige la aplicación de la norma ordinaria de conflicto de leyes. Se

“...los jueces para la solución del conflicto deben ajustar su decisión a la política legislativa del Estado y deben aplicar su propio derecho, siempre que no existan razones para obrar de otra manera por razones de justicia, pero debe ser la *lex fori* la que determine si por la finalidad buscada se aplicará o no una ley extranjera.”

conforma al enfoque norteamericano moderno en virtud del cual la ley aplicable depende, en cada caso, del problema específico.

X. Análisis de la crisis de las normas de conflicto

La crisis del sistema clásico se produjo fundamentalmente por ser de aplicación mecánica por estar preestablecida hecho que puede conducir a soluciones injustas, las críticas han encaminado a las corrientes actuales a profundizar sobre fórmulas de solución material, o reglas de conflictos aplicadas con mayor flexibilidad a fin de alcanzar la justicia material. Se atribuye a estos autores ser responsables de “los ataques más violentos contra la concepción tradicional del derecho internacional privado”³².

Los autores norteamericanos sustentan que la base de la aplicación de la ley extranjera solo se justifica por la justicia que su aplicación resulte para el caso concreto. El juez debe consultar primeramente sus reglas para luego, como concreción del principio fundamental de hacer justicia y debe aplicar la ley extranjera indicada como criterio excepcional.

Las corrientes que propugnan resolver los conflictos de leyes por medio de la aplicación de “la mejor ley” o la “ley más relevante”, son las que surgen como jurisprudencia prevalente. Esta teoría fue planteada por Robert Lefflar, teniendo en cuenta elementos que deben ser considerados por los jueces en las decisiones para los casos denominados Multi-Estatales, elementos considerados de mayor influencia (“Choice-Influencing Considerations”) como: Previsibilidad de Resultados; mantenimiento del Orden Interestatal e Internacional; simplificación de la Tarea Judicial; protección de los Intereses Gubernamentales del Foro y aplicación de la regla de la mejor ley. Entre los adherentes a la teoría de la mejor ley o ley más relevante se cita a Frederick K. Juenger³³.

Friedrich K. Juenger³⁴ señala: Lo que ha sucedido en los Estados Unidos es esencialmente el derrumbe del dogma bilateralista que todavía prevalece en otros países. Así al leer tratados europeos encontramos afirmaciones como la Pierre Mayer, según que “Savigny a fait jaillir la lumière de la vérité au sein d’une quasi obscurité”³⁵. Ahora escuchen el eco proveniente del Cono Sur: en palabras de Boggiano, “el faro de Berlín sigue iluminando la ruta”³⁶. Esta opinión sólo se encuentra en la

obra de los romanistas. Según el principal tratado inglés. “el método aplicado en la práctica por los tribunales ingleses generalmente corresponde al propuesto por Savigny”³⁷.

Aunque algunos escritores europeos intentan diferencias sus ideas de la del fundador del sistema clásico bilateral, debo confesar que nunca entendí la diferencia esencial entre el “principio de proximidad” de Lagarde³⁸, la “justicia conflictual” de Kegel³⁹ y las ideas de Federico Carlos de Savigny sobre la sede de relaciones jurídicas. Todas estas propuestas se dirigen al mismo punto: la geografía vale más que la justicia. O, en otras palabras: “la armonía de las soluciones”⁴⁰ es más importante que las mismas soluciones, *Fiat concordia et pereat mundus*”.

XI. Efecto de las nuevas doctrinas norteamericanas

James A. R. Nafziger sobre los efectos de las doctrinas norteamericanas señala “En el sistema actual estadounidense se atraviesa por un gran problema: a partir de la década de los treinta, varios autores de prestigio criticaron duramente el sistema conflictual tradicional y han tenido mucha influencia en estimula un cambio radical en el derecho. Aunque

sus aportes fueron muy positivos en diversas áreas, en materia de reglas y normas de conflictos su actividad fue devastadoras. Las teorías y enfoques de estos autores han sido adoptados por los tribunales, pero sin un nuevo sistema, incluso de normas y con muchas variaciones entre las distintas jurisdicciones norteamericanas, según cual autor se siguió por los tribunales de cada jurisdicción. El resultado de todo esto es una falta significativa de predicción o permanencia en las normas conflictuales. Esta variabilidad y a la falta de certeza consecuente quizás sean las características más evidentes del sistema actual en los Estados Unidos”⁴¹.

Juenger expresa: “... en mi opinión cualquier intento de reconstruir el Derecho Internacional Privado”⁴² tiene que enfrentar una vez más la cuestión nuclear de nuestra disciplina, es decir cómo resolver la tensión entre el monopolio legislativo del Estado y el hecho de que las actividades humanas no respetan las fronteras. Creo que corremos el riesgo de no encontrar nunca soluciones aceptables a los problemas transfronterizos si no nos damos cuenta, en palabras de Miaja de la Muela, que no se trata de” conflictos de soberanía de los Estados”⁴³ que “ni el internacionalismo clásico ni

las actuales tendencias nacionalistas son plenamente satisfactorias”, y que tenemos que elaborar “una concepción discreta y realmente universalista del Derecho Internacional Privado”⁴⁴.

Leyendo estas observaciones y las del gran jurista uruguayo Quintín Alfonso sobre la transformación del Derecho Internacional Privado en Derecho material”⁴⁵, uno se da cuenta que no hemos adelantado tanto – ni en su continente ni en el mío – en la última década”⁴⁶.

XII. Flexibilidad y previsibilidad

Puntualiza Jürgen Basedow “flexibilidad sin previsibilidad significa anarquía. Hay que buscar un equilibrio entre flexibilidad y previsibilidad. Ello puede lograrse a través de varias técnicas. Una que ha mostrado ya su éxito en el Convenio de Roma, y que también ha sido adoptada en el Reglamento Roma II, es la que opta por el juego de presunción y excepciones.

La presunción de cuál sea la ley con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos contenida en el artículo 4 del Convenio de Roma permite, de hecho, predecir la ley aplicable en la

mayoría de los supuestos sin excluir totalmente su excepción en casos particulares”⁴⁷.

Como se ve han existido voces críticas a estas doctrinas, pero lo que no se discute es que estas teorías han aportado efectivamente nuevos elementos de análisis sobre la necesidad de flexibilización, si bien en detrimento de la certeza o certidumbre en la determinación de la ley aplicable, pero con el beneficio de destrabar la sujeción al formulismo en que había caído el derecho internacional privado.

Estas doctrinas, en efecto, han sacudido al sistema de solución por medio de normas de conflicto, se tradujo en disposiciones que implican la flexibilización del sistema, tal como lo han señalado los juristas uruguayos Ronald Herbert y Cecilia Fresnedo “la tendencia actual en la región es la flexibilización de las soluciones tradicionales rígidas, a través de distintos mecanismos, que operan fundamentalmente en el ámbito de la aplicación de las normas y que se manifiestan por la postulación de alternativas e interpretaciones amplias sobre la base de criterios rectores básicos (factor teleológico), que permiten el manejo de esas alternativas o interpretaciones en forma razonable, con criterio unívoco y no arbitrario (función del decisor)”⁴⁸.

Resulta sumamente positiva esta flexibilización metodológica, a través de la introducción de criterios teleológicos y un mayor margen de atribuciones a la actividad del juez, por entender que estos pueden redituarse, aún dentro de una metodología conflictualista previable, beneficios notables en la operatividad de las convenciones”⁴⁹.

Señalan que, en las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado, se han insertado disposiciones que demuestran la flexibilización del sistema conflictualista clásico. Citan lo dispuesto en el artículo 9° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁵⁰, a la cual sindicaron como “la mejor demostración de la tendencia que introduce elementos valorativos y teleológicos en el sistema de conflicto clásico, indicándole al juez que deberá tratar de realizar “las políticas perseguidas” por las legislaciones y las “exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”, acogiendo las tendencias impulsadas por Currie y Cavers en el derecho estadounidense contra el carácter abstracto y automático del sistema clásico imperante en el área latinoamericana”⁵¹.

Mencionan igualmente los Arts. 12 a 16 y 19 de la Convención Interamericana sobre Adopción Internacional de Menores; los Arts. 6, 8 y 9 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias; los Arts. 7, 9 y 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales.

XIII. Las doctrinas alemanas de flexibilización

También la doctrina contemporánea alemana ha adherido a la flexibilización del derecho internacional privado inspirados en las doctrinas norteamericanas. Estas doctrinas son las que han producido la llamada revolución de la norma de conflicto, buscando superar las limitaciones de la metodología clásica derivadas de Savigny. La doctrina de los Estados Unidos a través de Currie⁵², que significó un cambio de paradigma fue recibida en parte por la doctrina alemana.

Wilhelm Wengler aporta al derecho internacional privado una sistematización de principios orientadores, los cuales permitan resolver, los problemas generados por la rigidez de la fórmula estricta del sistema conflictualista. La novedosa doctrina considera atribuido al juez la competencia

de “construir una regla para el caso no previsto” a partir de los principios generales de derecho internacional privado, recurriendo a métodos de interpretación sobre la base de la analogía, la interpretación a contrario sensu, o lo que constituye todo una revolución en la materia, la aplicación de proposiciones abstractas de naturaleza suprapositivas, extraídas o vinculadas al derecho natural, cuyo resultado se convierte en norma positiva por la manifestación de la solución del juez, quien acude a los principios generales del derecho para suplir la ausencia de normas de conflictos específicas, o para hallar la solución jurídica más adecuada.

El método, plantea la solución que evite la nacionalización de la controversia sujetándola a la ley territorial y a la aplicación arbitrariedad de la *lex fori*, que difícilmente podrá ser la solución más justa, al ignorar o desconocer los demás ordenamientos conectados por la relación jurídica y con interés legal estatal de aplicación. La construcción teórica establece dos grupos en que engloba estos principios, los que son valorados independientemente del resultado al que conduzcan, y otros ligados a la justicia o la conveniencia de aplicar determinada norma material⁵³.

Estos principios son, en primer lugar, el orden público, tanto en su fase negativa de excluir la ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto, como en la positiva de fijar las normas materiales que en su lugar deben aplicarse, sean estas las del foro u otras pertenecientes al mismo derecho que normalmente debió ser aplicado. En segundo lugar, la armonía material, al buscar un resultado que no resulte incongruente con otras decisiones ya dictadas, o que en lo sucesivo puedan ser dictadas en el mismo Estado⁵⁴.

En tercer lugar, el fin legislativo de las leyes internas, que ya Bartín y en especial Pillet habían señalado como principios esenciales para la doctrina conflictual. Sigue luego el mínimo de conflictos internacionales, partiendo de la determinación de la solución que sería adoptada en otro o en varios Estados en los que pudiera presentarse la misma relación y conectada con diferentes legislaciones, a lo que ya Kahn había denominado la “armonía internacional de las leyes”.

Respecto a aquella legislación del Estado que materialmente pueda imponerla más fácilmente conforme a la relación específica de la cual se trate, apunta el orden jurídico más fuerte, solución que la doctrina alemana

reconoce como “teoría de la competencia más próxima”, ligado al otro criterio, el interés político comprometido, vinculado a los factores políticos que la condición de Estado de inmigración o de emigración, que influye en la determinación de la ley personal por la ley de la nacionalidad o la del domicilio.

La aplicación de estos principios, que pueden servir como orientación en el análisis, pueden ser considerados conjunta o separadamente, según la naturaleza especial de la relación, a fin de facilitar la solución. La relación de estos principios valorativos es también abordada por Wengler, quien termina su construcción teórica estratificando estos principios.

Indica que normalmente el orden público tiene estrecha vinculación con el interés político, en cuanto se conectan con el interés público nacional, lo mismo cabe decir respecto de la armonía material y el fin legislativo de las leyes, ambos principios traducen juntamente el deseo de aplicar de una manera armoniosa las normas de derecho privado, en tanto que el orden jurídico más fuerte – o la competencia más próxima - y el mínimo de conflictos internacionales corresponden a un interés de preservar las relaciones internacionales.

Ante el conflicto entre dos principios, se debe resolver según Wengler, por la aplicación acumulativa de las leyes a cuya competencia conduce cada uno de ellos. Estableció una jerarquía u orden de aplicación de los principios que forma parte de su sistema doctrinario. En este sentido, los principios del interés político y del orden público, prevalecen sobre todos los demás, no obstante, son precisamente estos principios, dotados de mayor eficacia, los que tienen un campo más restringido de aplicación. De esta forma el interés político y el orden público, prevalecen sobre los principios de armonía material, el fin legislativo de las leyes internas, el mínimo de conflictos internacionales y el orden jurídico más fuerte.

Los principios de armonía material y el mínimo de conflicto se complementan, pero ante un posible conflicto entre ambos, debe prevalecer el primero. De igual modo la armonía material, prevalece a los principios del orden jurídico más eficaz y de la finalidad legislativa de las reglas materiales. Así mismo la armonía material, debe prevalecer sobre el orden jurídico más fuerte y el fin legislativo de las leyes internas

Completa la sistematización de la aplicación jerárquica de los principios con la superioridad de la finalidad

de las reglas materiales, sobre el orden jurídico más fuerte y el mínimo de conflictos, sobre la base de las siguientes proposiciones: 1. Subordinación del Derecho internacional privado al Derecho internacional público; 2. Igualdad de trato entre los distintos ordenamientos jurídicos internos que conlleva la doble consecuencia de rechazo a todo privilegio a favor de la *lex fori* y respeto a la voluntad de aplicación del ordenamiento jurídico extranjero; y 3. Enfoque universalista en la búsqueda de solución a los problemas que plantea la interpretación y aplicación de la norma de conflicto que conduzca a un resultado satisfactorio para los particulares⁵⁵.

Las críticas a esta doctrina provienen de Gerhard Kegel⁵⁶ quien afirma que los principios de Wengler, más parecen indicios de derecho más que fuentes y que el derecho internacional privado integrado por normas de conflicto, no puede prescindir del procedimiento formalista que incluye la aplicación jurisprudencial de conceptos. Para él, en el funcionamiento de las reglas conflictuales, ciertamente, aparecen complicaciones (calificación, reenvío, cuestiones previas, dificultades de adaptación y cuestiones intertemporales), situaciones para las que resulta ineficaz un procedimiento formalista.

Kegel entiende que para estos casos el juez tendrá que realizar un tipo de justicia especial de derecho internacional privado⁵⁷, que puede conducir a la aplicación de una o más leyes extranjeras. Esta concepción de la justicia supone la protección de unos intereses que Kegel los enuncia del siguiente modo: 1) El interés de las partes en la unidad de su estatuto personal; 2) El interés del comercio internacional, manifestando especialmente en lo que se refiere a la forma de los actos; 3) El interés en la cohesión de la vida jurídica, que impone la necesidad de armonizar las diferentes leyes aplicables a un mismo concepto de hecho.

Paul Heinrich Neuhaus⁵⁸ señala una visión universalista que sobrepasa la jurisprudencia de intereses planteado por Kegel, indica el camino de búsqueda por medio de un razonable equilibrio entre los intereses nacionales y la cooperación internacional, la necesidad de una aproximación legislativa y conceptual nacionales como medio para alcanzar un derecho internacional privado universal⁵⁹.

La aspiración es que la ley resulte específica a la naturaleza especial de la relación, es la que debe ser llamada a entender, si ésta resulta extranjera, el derecho a realizar actos privados sin

más limitaciones que el derecho de terceros y el orden público internacional, imponen su aplicación fundada en el interés final de ubicar una solución jurídicamente justa y razonable a la situación jurídica en vista.

XIV. Algunas conclusiones sobre el aporte de estas doctrinas

Hemos señalado⁶⁰ que el Estado a través del órgano jurisdiccional no debe limitar la aplicación de la ley extranjera frente a la situación o relación extranjera a su ordenamiento cuando los elementos conectan a otros ordenamientos jurídicos estatales lo indican; en tal caso, se estaría restringiendo la libertad de los individuos en la realización de actividades lícitas, distorsionando lo que corresponde a los actos o la naturaleza especial de la relación. En muchos casos, se estaría afectando, la autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones contractuales⁶¹.

El gran objetivo del Derecho Internacional Privado es no distorsionar los efectos propios de las situaciones y relaciones jurídicas con elementos de internacionalidad, aplicando la ley o la solución jurídica que armonice las que resulten conectadas, convirtiéndose en una garantía para la solución

justa y de certeza jurídica. El desafío se acrecienta si tenemos presente la existencia de procesos de integración y la construcción del derecho comunitario, que transitan por encima de las fronteras ampliando el campo de desarrollo de las vinculaciones jurídicas privadas, o condicionándolas⁶².

Como apunta Diego Fernández Arroyo “La existencia de un fenómeno de integración económica y política mediante la formación de una organización supranacional, de partida, incide sobre los presupuestos del DIPr. Por un lado, la pluralidad de ordenamientos se mitiga por la presencia, siempre limitada, de normas comunes elaboradas por los órganos de integración o, al menos, en su ámbito en el sistema comunitario europeo, además, este dato se refuerza por la vigencia de un auténtico ordenamiento común caracterizado por los principios de autonomía, eficacia directa y primacía, y por un sistema jurisdiccional que garantiza la interpretación uniforme y, en menor medida, la solución de controversia. Por otro lado, el “imperio” de las libertades fundamentales de circulación que se dan – bien que con ciertos límites y excepciones – en un espacio integrado, provoca que los supuestos heterogéneos (las relaciones jurídicas cuyos elementos se localizan

en distintos estados integrados) se multipliquen exponencialmente”⁶³.

La libre circulación de personas, bienes, capitales y servicios en los espacios integrados, tiene por efecto la multiplicación del contacto entre particulares, se multiplican los actos internacionalizados y en este contexto, los parámetros de análisis respecto de la aplicación de la ley propia de la ley extranjera interconectados a la ley u ordenamiento comunitario, lleva a re-examinar fórmulas en busca de soluciones, que la armonización resuelve sólo en parte, porque se producen al mismo tiempo instrumentos convencionales aplicables a estos espacios integrados.

La necesidad de justicia substantiva por medio del Derecho Internacional Privado, no puede ignorar los principios orientadores de esta disciplina, éstos indican que a más de la delimitación de competencia legislativa, el DIPr debe considerar el efecto de la aplicación de la ley material remitida, para lo cual es necesario realizar un análisis del contenido de las diversas normas aplicables y de la política legislativa subyacente a fin de ubicar o determinar la norma material de mayor peso y vinculación o conexión más estrecha con la relación privada internacional.

XV. El DIPr. en continua evolución

Claudia Madrid Martínez señala que “la metodología del Derecho internacional privado ha estado siempre en evolución. Actualmente se reconoce la necesidad de una revisión metodológica orientada a la conciliación de una adecuada técnica jurídica (justicia formal) con el resultado justo y equitativo de cada caso concreto (justicia material). En este panorama, las instituciones generales de nuestra disciplina se han encaminado hacia la consecución de estos objetivos. La preocupación porque los particulares en sus relaciones internacionales no se hallen menos protegidos que en sus relaciones meramente internas justifica la adopción de esquemas flexibilizados, en los que ya no sólo importa la aplicación mecánica de la norma de conflicto. Hoy día interesa el resultado práctico de esa aplicación⁶⁴ .

La justicia substantiva material y no sólo formal, exige que el juez actúe como lo haría un magistrado internacional, con amplitud en la selección de la norma y capacidad de integración de la norma si fuere necesario. Solo así será posible lograr el máximo de armonía en las soluciones con respeto a los intereses privados internacionalizados.

Las construcciones jurídicas por los jueces en base a los elementos jurídicos conectados, aún criticados por la dificultad que ofrece, sigue siendo el camino para encontrar soluciones a las complejas relaciones del Derecho Internacional Privado actual, correspondiendo a la doctrina desarrollar estas tendencias que permitirán lograr no sólo una justicia conflictual sino una justicia material en la aplicación de esta disciplina.

Herbert Kronke al analizar la relación más significativa, intereses gubernamentales, identidad cultural, integración: “reglas” a voluntad y argumentos a favor de los principios

“... el DIPr debe considerar el efecto de la aplicación de la ley material remitida, para lo cual es necesario realizar un análisis del contenido de las diversas normas aplicables y de la política legislativa subyacente a fin de ubicar o determinar la norma material de mayor peso y vinculación o conexión más estrecha con la relación privada internacional.”

de conflictos de leyes expresa “Un mayor intercambio científico de alto nivel, riguroso pero tranquilo, y menos atención política podrían ser el marco para asegurarnos de las necesidades objetivas y los valores compartidos en la administración de justicia transfronteriza. ¿No sería útil trabajar en un instrumento-léxico, diseñado como un vehículo capaz de sortear análisis potencialmente dañinos?⁶⁵ .

El mismo jurista expresa “En tiempos en que las fronteras políticas, económicas y culturales en desaparición (llamadas eufemísticamente “globalización”) se perciben como oportunidades y amenazas, los legisladores y los tribunales serán cada vez más frecuentemente llamados a identificar y proteger valores privados políticamente relevantes y a mediar entre conflictos, valores y expectativas, no principal pero sí significativamente a través del derecho internacional privado.”

XVI. Ley aplicable a los contratos internacionales

Como parte de la evolución del Derecho Internacional Privado debemos destacar la flexibilización de la determinación de la ley aplicable a la

relaciones contractuales internacionales,⁶⁶ como referencias relevantes mencionamos la Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales aprobado en la V CIDIP de la OEA realizada en Ciudad de México⁶⁷ y más recientemente los Principios de La Haya sobre ley aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales.⁶⁸ No podemos dejar de mencionar la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, publicado por la OEA.

En la Unión Europea nos encontramos con el Reglamento (CE) no 593/2008⁶⁹ “La ley aplicable a las obligaciones contractuales” que se dicta con el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia y para el correcto funcionamiento del mercado interior. El reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes⁷⁰ .

La Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales reconoce la autonomía de la voluntad en su artículo 7º, expresa que “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes”,⁷¹ lo cual queda ratificado en la amplia

posibilidad de elección de la ley que surge del artículo 8° dado que “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”.

La Convención Interamericana recoge las doctrinas que propugnan la elección de la ley sobre la base de elementos de proximidad en el artículo 9° “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”⁷². La convención se muestra abierta, cuando corresponda, a la aplicación las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación⁷³.

En cuanto a los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, de conformidad a su artículo primero⁷⁴ los mismos se aplican a la elección del Derecho aplicable en los contratos internacionales

cuando cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional y entiende que un contrato es internacional salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable elegido, está vinculada únicamente con dicho Estado.

Los principios privilegian como ley aplicable la libertad de elección por cuanto postula en su artículo segundo que un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. Las partes pueden optar por el Derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y a diferentes Derechos para diferentes partes del contrato y tal vez lo más novedoso que la elección no requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación⁷⁵, la posibilidad de elección es absolutamente amplia, siendo posible hacer regir el contrato o su interpretación por reglas de derecho⁷⁶.

De alguna manera, si bien de forma limitada, en la Convención Interamericana la posibilidad estaba habilitada, en su artículo 10 expresa “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los

principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”⁷⁷. Con los principios las puertas a la posibilidad de elección de un derecho no estatal son totalmente amplias.

El principio fundamental en materia de relaciones contractuales, como hemos visto, es el de la autonomía de la voluntad, siendo el derecho aplicable el elegido por las partes, pero ante la falta de elección por las partes. Las reglas usuales elegidas por las partes o mencionadas por las normas de conflicto suelen ser la *lex loci celebrationis* y la *lex loci executionis*, pero no las únicas.

Las fórmulas, como hemos podido apreciar a través de la Convención Interamericana y los Principios de La Haya, proporcionan otras soluciones ante la falta de elección o ejercicio de la autonomía de la voluntad, introducen nuevos criterios de selección, como el de aplicar el derecho del Estado con el cual la relación jurídica contractual o sus elementos de conexión tengan los vínculos más estrechos, todo lo cual implica una importante flexibilización para la elección del derecho aplicable en materia contractual.

En el Derecho Norteamericano la aplicación de la ley con vínculos más estrechos tiene por antecedente remoto el caso *Auten vs. Auten*⁷⁸, que dio lugar a las teorías del “centro de gravedad” o “agrupamiento de contactos”, en el caso se expresó que los casos más recientes no atendían únicamente al lugar de celebración o cumplimiento del contrato sino a la ley el lugar en donde reside el centro de gravedad del asunto en disputa o los “contactos más significativos” de la misma⁷⁹.

María Mercedes Albornoz refiere “Esta flexibilidad es ostensible en las nociones de *proper law of the contract* —tradicionalmente empleada en Reino Unido hasta 1991— y de aplicación del derecho que guarda la “*most significant relationship to the transaction and the parties*” —como lo indica la sección 188 del “*Restatement (Second) of Conflict of Laws del American Law Institute*”. También lo es en el principio de proximidad, una de sus manifestaciones⁸⁰.

En la Unión Europea conforme al Reglamento CE N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008 (Roma I), en su artículo 4⁸¹ ante la falta de elección, luego de enunciar los diversos

supuestos específicos para su determinación, dispone que cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los supuestos previstos, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente “los vínculos más estrechos”.

María Mercedes Albornoz menciona que “Lagarde (1986) presenta el principio de proximidad como la contestación europea a la “revolución americana”. En materia de contratos internacionales, se puede tomar como ejemplo de formulación del principio de proximidad la norma de conflicto del artículo 4.1 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales —aunque este instrumento ya no se encuentre vigente—, según la cual: “En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”,⁸².

Las más recientes legislaciones recogidas en parte de los principios encontramos como el Código Civil de la Nación Argentina del año 2014, el cual reúne en el Título IV del Libro Sexto y en tres capítulos las disposiciones referidas al Derecho Internacional

“la Convención Interamericana y los Principios de La Haya, proporcionan otras soluciones ante la falta de elección o ejercicio de la autonomía de la voluntad, introducen nuevos criterios de selección, como el de aplicar el derecho del Estado con el cual la relación jurídica contractual o sus elementos de conexión tengan los vínculos más estrechos, todo lo cual implica una importante flexibilización para la elección del derecho aplicable en materia contractual.”

Privado, el Capítulo 1. Se ocupa de las Disposiciones Generales, el Capítulo 2. de la Jurisdicción internacional y el Capítulo 3. a la Parte Especial.

El elemento de la relación más estrecha para determinar la ley aplicable en ausencia de elección, fue incorporado como cláusula de excepción en el actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en el Art. 2653 en los términos siguientes: “Excepcionalmente, a pedido de parte, y

tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

La disposición reproduce casi en los mismos términos lo dispuesto en el mismo código en su Art. 2597 “Cláusulas de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

Entre las legislaciones recientes, la República del Paraguay incorpora los principios de La Haya por medio de Ley N.º 5393 de fecha 15 de enero de 2015 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, publicada el 20 de enero de 2015 y en vigor a

partir del día siguiente⁸³. Su artículo 1º en su primera parte de forma literal al artículo primero de los principios, sobre su “Ámbito de aplicación” expresa “Esta Ley regula la elección de derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión⁸⁴”.

Establece con amplitud el principio de la autonomía de la voluntad para la elección del derecho aplicable, permite someter una parte o la totalidad del contrato a un derecho determinado o varios para diversas partes del contrato⁸⁵. El artículo 4º de esta ley es reproducción exacta del artículo 2º de los Principios de La Haya. sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales.

Lo más novedoso sobre la elección de la ley aplicable de la Ley paraguaya N.º 5393/2015 es su artículo 5º expresa “Normas de derecho en esta Ley, la referencia a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”. Esta amplitud encuentra su fuente y antecedente el artículo 3º de los Principios de La Haya “Normas de Derecho. Las partes pueden elegir,

como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro”.

También entre los ordenamientos jurídicos más recientes el principio de autonomía de la voluntad fue contemplado en la Ley general de derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay N.º 19920/2020 en su artículo 45 “Ley aplicable por acuerdo de partes). - Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan”⁸⁶.

Esta misma disposición dispone “De acuerdo a lo establecido en los artículos 13⁸⁷ y 51⁸⁸ de la presente ley, las partes pueden elegir normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte”. Por tanto, recoge lo dispuesto en el artículo 3º de los Principios de La Haya, pero circunscribiendo la elección a que las normas provengan de organismos en que el Estado uruguayo sea parte.

Tener en cuenta en la elección de la ley que se encuentre en una relación más estrecha con otro derecho que el designado por la ley cuando la causa tiene sólo una conexión muy vaga, se encuentra previsto en la ley suiza de derecho internacional privado, específicamente el artículo 15 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) de diciembre de 1987⁸⁹.

Son puntos resaltantes de la evolución del derecho internacional privado y particularmente de la ley aplicable a los contratos internacionales, la necesidad de la flexibilización de las normas a ser aplicadas y una amplia admisión de la autonomía de la voluntad, lo cual es recogido por la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas en los siguientes artículos:

13.1 El régimen jurídico interno acerca del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, en cuanto a la ausencia de una elección efectiva del derecho, debería incluir el criterio flexible de los “vínculos más estrechos”, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención de México.

13.2 Los jueces y árbitros deberían aplicar el criterio flexible de los “vínculos más estrechos” partiendo de un enfoque de interpretación liberal.

14.1 El régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería admitir el “fraccionamiento” del derecho (dépeçage), en consonancia con las disposiciones de los artículos 7 y 9 de la Convención de México y del artículo 2.2 de los Principios de La Haya.

14.2 Se insta a los jueces y árbitros, cuando la interpretación está librada a su discreción, a admitir el dépeçage.

15.1 El régimen jurídico nacional sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales debería reconocer la necesidad de una interpretación flexible, congruente con las disposiciones del artículo 10 de la Convención de México.

La guía claramente reconoce la necesidad de una interpretación flexible incluyendo como criterio los “vínculos más estrechos”, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención de México. Hemos visto que esta orientación ha empezado a penetrar en las legislaciones internas como las contenidas en el Código Civil y

Comercial de la Nación Argentina en su artículo 2653 y la amplitud prevista en la Ley paraguaya N.º 5393 de fecha 15 de enero de 2015 así como también por la Ley Uruguaya N.º 19920/2020 en lo referente a los usos y costumbres.

XVII. El derecho de las sociedades abiertas

La obra de Jürgen Basedow “El derecho de las sociedades abiertas”⁹⁰, constituye un legado al derecho internacional privado, lectura ineludible para analizar la orientación y desarrollo de la materia. El libro constituye, como refiere el autor, una obra ampliada del curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en el año 2002.

Basedow señala “se explica la idea central de la investigación y el título del libro según lo que parece ser la característica predominante de nuestros tiempos: la apertura de las fronteras para personas, bienes, servicios, capital y datos, así como sus repercusiones en el marco jurídico de las relaciones internacionales.

Considera que “en la actualidad el derecho internacional privado puede describirse ...como la clave hacia el

derecho privado de los asuntos interiores globales de un mundo multijurisdiccional. Este cambio es debido a la creciente permeabilidad de las fronteras nacionales, a la progresiva interconectividad de las sociedades y de las economías, así como a la internacionalización de las vidas de las personas”⁹¹.

Resalta el amplio movimiento hacia la codificación del DIPr que se verifica en todo el mundo y que su investigación supone necesariamente una reflexión sobre el mundo económico, social, cultural, político y jurídico, proporcionando de este modo, el marco para el funcionamiento de la disciplina.

En su análisis de la evolución menciona que algunos autores, citando Robert Laflar, respecto a la elección de la ley aplicable se han mostrado a favor de la mejor propuesta de derecho, por lo que dependería de la apreciación del juez la consideración de la mejor solución, a la luz de una valoración comparativa de las leyes materiales involucradas.

Indica que la legislación internacional parece favorecer la adopción de convenciones sobre derecho material uniforme y que de este modo el concepto

de derecho internacional privado se extiende más allá del método de elección de la ley aplicable hacia la regulación material de las relaciones privadas con un elemento internacional.

En la elección del derecho aplicable puede comprobarse una “liberalización progresiva en el sentido de que se atribuya más importancia a la autonomía de la parte. Una procedimentalización gradual ha desplazado la atención de la elección de la ley aplicable hacia cuestiones de procedimientos, en particular hacia cuestiones relativas a la jurisdicción, al reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, así como cuestiones de cooperación judicial que trascienden las fronteras nacionales”⁹². Expresa que “La búsqueda de un marco jurídico estable, uniforme y fiable para la conducta que se persigue en un mundo multijurisdiccional es el fundamento mismo del derecho internacional privado”⁹³.

Pone de resalto el avance de la autonomía de la voluntad, sobre la tendencia hacia la liberalización “En la evolución histórica del derecho internacional privado ha existido una activa oposición en contra del juego de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable. Desde un punto de vista que toma como

“...en la actualidad el derecho internacional privado puede describirse ...como la clave hacia el derecho privado de los asuntos interiores globales de un mundo multijurisdiccional.”

referencia la soberanía, la decisión sobre qué ley aplicar, es una cuestión que compete al poder estatal y los particulares que están sujetos a dicho poder no pueden suplantarlos a través de la elección de la ley aplicable.

Un razonamiento de este tipo ha impedido el reconocimiento de la libertad en la elección de ley en varias codificaciones, en particular, en América Latina⁹⁴. En otras partes del mundo la autonomía de la voluntad ha sido aceptada sin otro fundamento teórico más que la imposibilidad de encontrar una fórmula mejor para evitar las divergencias en la atribución de los derechos contractuales. Tal y como ha puesto de manifiesto KEGEL, el maestro alemán en Derecho aplicable, la autonomía de la voluntad se consideraba una solución provisional⁹⁵.

XVIII. Fuentes del Derecho Internacional Privado

El Derecho Internacional Privado posee fuentes que emanan de las legislaciones puramente internas por medio de disposiciones configuradas como normas de conflicto, que nos indican la ley aplicable y la jurisdicción competente, así como otras disposiciones que pueden ser soluciones directamente materiales de relaciones jurídicas que poseen elementos de internacionalidad.

Por otro lado, de forma creciente nos encontramos con fuentes de naturaleza convencional que contribuyen a través de fórmulas de armonización y de producción de normas materiales, continentales, regionales o mundiales y de participación bilateral o multilateral como las emanan de las Naciones Unidas por medio de La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁹⁶, de la Organización de los Estados Americanos a través del Comité Jurídico Interamericano⁹⁷ por medio de las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado “CIDIP” y las Convenciones que emanan de las mismas⁹⁸.

Destacamos los intensos aportes para la armonización y la unificación del derecho internacional privado, por medio de leyes modelos que pueden ser adoptados como instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales o como instrumentos para interpretar el derecho internacional privado, eventualmente pueden ser aplicadas como fuentes no estatales cuando la ley lo autoriza o como convenciones internacionales al ser adoptadas o ratificadas por los Estados. Tanto la labor de UNIDROIT⁹⁹ como de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado¹⁰⁰ son fundamentales para la armonización y unificación del DIPr.

Estas instituciones CNUDMI, HCCH y UNIDROIT han publicado conjuntamente una Guía jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, con énfasis en la compraventa. Se suma a partir de su refundación en el año 2010 la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado “ASADIP”, que reuniendo a los especializados en la materia cumple una función dinamizadora sobre la materia y ha elaborado los PRINCIPIOS ASADIP SOBRE EL ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA (TRANSJUS).

“El Derecho Internacional Privado posee fuentes que emanan de las legislaciones puramente internas por medio de disposiciones configuradas como normas de conflicto, que nos indican la ley aplicable y la jurisdicción competente, así como otras disposiciones que pueden ser soluciones directamente materiales de relaciones jurídicas que poseen elementos de internacionalidad”

Nuevas fuentes se incorporan como resultado de los procesos de integración, señalan un proceso de comunitarización del Derecho Internacional Privado a través de reglamentos¹⁰¹ como es el caso de la Unión Europea que representan nuevos desafíos como lo indica Alegría Borrás “La pregunta que deriva de todo lo que se acabe de señalar es precisamente cual es el futuro que espera al derecho internacional privado de los Estados miembros pero, además, cabe preguntarse también cuál será el futuro de las relaciones regidas por el derecho internacional privado extracomunitario

que se vean afectadas por el derecho internacional privado comunitario. Pero muchas otras dudas y preguntas pueden formularse: ¿Sustituye el reconocimiento mutuo al derecho internacional privado? ¿Es inocente que no se mencione el término derecho internacional privado? ¿a quién se está dando el poder en el proceso de ampliación? Y, pensando en el futuro ¿qué ocurrirá en el momento de la ampliación? Nos encontramos, por tanto, en una situación llena de interrogantes y para la que las respuestas son inciertas y dubitativas. Se trata de un nuevo reto de la integración europea ante el cual, las instituciones y los Estados miembros, deben asumir sus respectivos papeles, lo cual no es fácil en el ámbito del derecho internacional privado. Los Estados están entregando una serie de competencias y deben saber a quién y cómo las están cediendo”¹⁰².

Sobre el impacto de los procesos de integración dice Fernández Arroyo “... los sistemas de DIPr. son complejos. Y para completar esa idea es preciso señalar que tal complejidad no ha hecho más que crecer y multiplicarse y no por mandato bíblico sino por un lógico proceso de acodamiento del DIPr. a las modificaciones sufridas por la situación del mundo

y a la misma evolución del Derecho. Entre los fenómenos condicionantes del DIPr. actual hemos destacado el enorme impacto causado por la integración”¹⁰³.

El Mercado Común del Sur (Mercosur), dicta normas de Derecho Internacional Privado por medio de diversos Protocolos¹⁰⁴. Sobre este derecho Didier Opertti Badan expresa: “Ese DIPr. que han ido elaborando los órganos del Mercosur se va introduciendo en los ordenamientos nacionales, acentuando así los rasgos de homogeneidad que el desarrollo histórico y el trabajo común han ido generando a través de los tiempos, raso sobre los cuales la ya comentada influencia poderosa de la obra de la CIDIP brilla con luz propia. Empero, cada uno de los sistemas nacionales de DIPr. mantiene no pocas particularidades, algunas de las cuales pueden calificarse como propias de esta rama jurídica, mientras que otras tienen que ver más con ciertos caracteres generales de cada ordenamiento, tanto en relación el contenido de su derecho material como en lo que hace referencia a los perfiles básicos de su sistema de derecho público”¹⁰⁵.

XIX. Diálogo de Fuentes

La multiplicidad de fuentes de Derecho Internacional Privado plantea el modo, jerarquía o preferencia en que deben ser aplicadas que se suma a la ya visible complejidad de comprender y aplicar sus normas, situación abrumadora al momento de determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente.

Con este panorama Erik Jayme sin eludir la complejidad, no sin antes fundamentar un nuevo monismo¹⁰⁶, nos proporciona un camino a seguir, el diálogo de fuentes, con respeto al individuo y sus derechos fundamentales. “L’identité culturelle: sa protection par le droit international privé J’ai déjà parlé du droit international privé postmoderne, caractérisé par des phénomènes qui touchent les sentiments et la vie intérieure de l’individu. Le droit international privé a assumé comme nouvelle vocation la mission de protéger ces expressions de la condition humaine”¹⁰⁷.

Jayme dice “Cuando hablamos de comunicación en derecho internacional privado, el fenómeno más importante es el hecho de que la solución de los conflictos de derecho surge como resultado de un diálogo entre las fuentes más heterogéneas. Derechos

humanos, constituciones, convenciones internacionales, sistemas nacionales: todas estas fuentes no son mutuamente excluyentes; “Hablan” entre ellos¹⁰⁸. Los jueces deben coordinar estas fuentes escuchando lo que dicen”¹⁰⁹.

Banjamin y Lima Marques sobre esta teoría apuntan que su fuerza simbólica de contribuir a la aplicación de normas valorativas de derechos humanos y protectoras de la condición humana contribuye a la aplicación más de que contraponer o exaltar el conflicto entre derechos.¹¹⁰ Estos mismos autores refieren “Como explica el maestro Erik Jayme. “...la solución de los conflictos de leyes emerge como resultado de un diálogo entre las fuentes heterogéneas. Los derechos humanos, las Constituciones, las Convenciones Internacionales, los sistemas nacionales: todas estas fuentes no se excluyen, más mutuamente, ellas “dialogan” unas con las otras. Los jueces quedan obligados a coordinar estas fuentes “escuchando” lo que ellas les dicen”. En otras palabras, delante del pluralismo en un sistema unitario es un nuevo overlapping – superposición – de diferentes “comunidades normativas”, hay necesidad de coordinación entre ellas de forma a restaurar la coherencia en los valores superiores.¹¹¹

“En un mundo de multi-juridicidad la solución de los problemas vinculados al derecho internacional privado se multiplican cada vez más en todos los ámbitos de la actividad privada internacionalizada, para la solución se confrontan las normas de conflicto o la flexibilización de estas, buscando la solución más justa”

Marilda Rosada y Bruno Almeida indican que “O Direito Internacional Privado não ficou imune aos novos enfoques epistemológicos. Muitos de seus temas relevantes e abordagens contemporâneas compreendem a proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos; basta apontarmos para toda produção na doutrina e na jurisprudência acerca de textos e diplomas convencionais referentes à questão do status jurídico da mulher casada, a apatridia, o seqüestro internacional de menores, dentre muitos outros. Há que buscar alcançar ideais como igualdade no tratamento, transparência, harmonia e justiça das decisões, tolerância às diferenças e tutela de valores que garantam a própria

manutenção da identidade pessoal dos indivíduos – o que resulta na efetivação do conceito de cidadania mundial (TORRES, 2008, p. 931).¹¹²

Analizando la pluralidad de fuentes internas y convencionales, la proposición fundamental no es la exclusión de las fuentes, sino la aplicación coordinada y armónica de estas, teniendo presente al individuo, sus derechos fundamentales y la justicia de la solución. No se trata de una puerta abierta al libre arbitrio judicial, antes bien exige examinar, confrontar y apreciar las fuentes ante la relación jurídica, de modo a lograr una solución coherente y armónica.

En efecto, “I” «diálogo» de las fuentes es condición necesaria para el orden y la justicia del Derecho internacional al enfatizar la coherencia de las normas que lo integran. Es sabido que la paz, la estabilidad y la previsión de los comportamientos están asociadas al valor del orden en la vida social; tales objetivos no se realizan si normas contradictorias suministraren a los hombres orientaciones opuestas, dejándolos en situación de permanente incertidumbre. La justicia, por otro lado, en el pensamiento filosófico occidental, mantiene estrecha relación con la igualdad: todos están de

acuerdo en que ser justo es tratar de la misma forma a los seres que poseen la misma característica, razón por la cual es posible agrupar a los detentores de esta característica en una única clase o categoría. La justicia consistirá, pues, en la atribución de igual tratamiento a los sujetos que pertenecieren a esta clase o categoría. Ésa es una acepción formal o abstracta de justicia porque se contenta en prohibir las distinciones sin decir, por ejemplo, cuándo dos seres forman parte de la misma clase ni cómo es preciso tratarlos. La incoherencia entre las normas jurídicas es fuente de injusticia al dispensar consideración desigual a aquellos que pertenecen a la misma clase o categoría. El «diálogo» de las fuentes restablece la coherencia, requisito de la justicia formal, no al eliminar la norma incompatible, como ocurre con los criterios tradicionales para la solución de las antinomias, sino en la importancia dada a la compatibilidad entre los elementos que componen el sistema normativo¹¹³.

XX. Conclusión

En un mundo de multi-juridicidad la solución de los problemas vinculados al derecho internacional privado se multiplican cada vez más en todos los ámbitos de la actividad privada

internacionalizada, para la solución se confrontan las normas de conflicto o la flexibilización de estas, buscando la solución más justa.

Las corrientes doctrinarias a partir de la reacción de los autores norteamericanos al método conflictualista, han sacudido las fórmulas tradicionales con diversas proposiciones que más allá de las dificultades que a su vez han incorporado al análisis, se han constituido en corrientes que han aireado positivamente el análisis doctrinario y la búsqueda de la mejor solución, aun cuando la justicia de la solución sigue en debate.

Se advierte la influencia de la flexibilización fundamentalmente en las convenciones y tratados internacionales vinculados a los contratos internacionales, en las nuevas legislaciones nacionales, tanto respecto a la autonomía de la voluntad como los elementos para la ubicación de la ley aplicable cuando no haya sido electa, permite ubicarla a través de los vínculos más estrechos de la relación jurídica, hecha la salvedad que debe ir en consonancia con la justicia del resultado. Las teorías en Alemania de Gerhard Kegel y la crítica de Alex Flessner así como la posición de Thomas Hirse contribuyen para ampliar el análisis¹¹⁴.

La autonomía se extiende a otras áreas, no solo la contractual, las personas son cada vez más protagonistas en la regulación de sus intereses privados con elementos de internacionalidad, a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad como lo señala Basedow.

No es menor destacar la tendencia hacia legislaciones específicas y codificación del derecho internacional privado, todo lo cual contribuye al desarrollo de esta materia.

Bibliografía

ALBORNOZ, María Mercedes (Mercedes (2007). “El derecho aplicable a los contratos internacionales en el sistema interamericano”. *Iustitia, Revista del Departamento de Derecho*, 16 (pp. 71-142). Monterrey.

ALBORNOZ, María Mercedes “Rigidez y flexibilidad: derecho aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 18/ N°N.º 51-2021.*

ALL, Paula María. “El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica”. *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.* <http://www.bibliojuridica.org/>.

AZAR, Aldo Marcelo y BRITOS, Cristina XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Comisión de Derecho Internacional Privado: “Los Principios que iluminan el Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial”.

BAPTISTA, Luiz Olavo, RAMINA E., Larissa, y FRIEDRICH, Tatyana Scheila “Direito Internacional Contemporâneo” Juruá Editora. Curitiba, 2014.

BASEDOW, Jürgen “Desarrollos recientes en derecho internacional privado. Observaciones de derecho comparado a la luz de la Ley japonesa”. En *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. Directores Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez. Editado por el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política CEDEP y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado ASADIP, pág. 107-125.

BASEDOW, Jürgen “El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes”, Traducida de su versión original inglesa por Teresa Puig Stolenberg. Impreso en Bogotá Colombia por la Editorial Legis, año 2017.

BENJAMÍN, António Herman y LIMA MARQUES, Claudia. “A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: Uma homenagem a Erick Jayme.” Revista de Direito do Consumidor: RDC, São Paulo, v. 27, n. 115, p. 21-40, 2018.

BIEBER, María Laura y PIRIS, Cristian Ricardo “La reconfiguración del sistema de fuentes en el Derecho Privado Argentino”, Revista de la Universidad de Córdoba. Vol. 7 Núm. 2 (2016): Nueva Serie II, págs. 109-128.

BOGGIANO, Antonio. “Derecho Internacional Privado”, VolVol. 1, 2ª. Editado en Buenos Aires, 1983.

BORRAS, Alegría “LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: PASADO, PRESENTE Y FUTURO”.

CALVO CARAVACA , Alfonso-Luis. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia. Número 21. 2003. Págs.49-69

CAVERS, David F. “A critique of the Choice of Law Problem”, Harvard Law Review, 1933

CURRIE, Brainerd. Essays on the Conflict of Law. 1963.

DO AMARAL JÚNIOR, Alberto. EL «DIÁLOGO» DE LAS FUENTES: FRAGMENTACIÓN Y COHERENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 7 número 13, 2009, págs..págs. 71-102.

DO AMARAL JÚNIOR, Alberto y KLEIN VIERA, Luciane. (Coordinadores). “El Derecho Internacional Privado y sus desafíos en la actualidad”. Grupo Editorial Ibañez, año 2016.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DÖRFELT, Félix A.R. “Gesetzgebungsziele im Internationalen Privatrecht”
Editorial: Bucerius Law School Press, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburgo.

EHRENZWEIG, Albert. The lex fori: Basic Rule in the Conflict of Laws”,
“Specific Principles of Private Transnational Laws”, Recueil des Cours. Vo.
124 (1968-II).

EZQUERRA UBERO, José Javier “Javier “La hermenéutica en Derecho in-
ternacional privado”. Portal de revistas digitales. Revista Comillas de la Univer-
sidad Pontificia Comillas.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia. “La reforma del Derecho Inter-
nacional privado en la República Argentina, ¿la cenicienta se convertirá en
princesa?”, www.elDial.com.

FERNANDEZ ARROYO, Diego. “Derecho internacional privado. (una mira-
da actual sobre sus elementos esenciales), Editorial Advocatus, Córdoba, año
1998.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Configuración Sistema del Derecho In-
ternacional”, en “Derecho Internacional Privado de los Estados del Merco-
sur”, pág. 83 Editorial Zavalía. Año 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Coord.) “Derecho Internacional Pri-
vado de los Estados del Mercosur”, obra colectiva. Editorial Zavalía, Buenos
Aires, Año 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRIGUEZ, JOSE AN-
TONIO. “Contratos Internacionales”. Biblioteca de Derecho de la Globaliza-
ción. OEA – ASADIP.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos “COMUNITARIZACIÓN DEL DE-
RECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO APLICABLE A
LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES” Universidad Complutense de
Madrid. Año 2009.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 9, 2000, pp. 7-32.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”. En *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. Directores Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez. Editado por el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política CEDEP y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado ASADIP, pág. 487 al 524.

FERRER CORREIA, Antonio. “Direito Internacional Privado”, Coimbra 1989.

FEUILLADE, Milton C. “Aplicación del derecho extranjero en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los elementos culturales”. *Prudentia Iuris*, N°N.º 83, págs. 169-200.

GIRAL PIMENTEL, José Alfredo. “La teoría de las vinculaciones, el régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela / Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas, pp. 15-26.- año (2000).

GOLDSCHMIDT, Werner “Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico”. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. Año 2009.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio (2000). *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé*. Recueil des cours de l'Académie de Droit International (pp. 9-426). La Haya.

HERBERT, Ronald y FRESNEDO, Cecilia. “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Liber Amicorum Jürgen Samtleben.

Max Planck Institut, publicación del Fondo de Cultura Universitaria, , Montevideo, año 2002, pág. 56.

JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration; le Droit International Privé postmoderne” Recueil des Cours, Académie de Droit International, año 1996.

JAEGER JUNIOR, Augusto (Organizador). “Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma futura codificação da parte geral do direito internacional privado no nível da União Europeia, através de um chamado Regulamento Roma Zero”. Editora RJR, Porto Alegre, 2016.

JUNGER, Friedrich K, “Balance y Perspectivas de la Década en Estados Unidos” en Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado, publicación del Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993.

KEGEL, Gerhard, “International Privatrecht, München y Berlín 1960”. Review by: M. Aguilar Navarro Revista Española de Derecho Internacional Vol. 14, No. 3 (1961), Published By: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Lineamientos Generales del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

KRONKE, Herbert “Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: “Rules” at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws”. (www.unidroit.org)

LAGARDE, Paul. (1986). «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Recueil des cours de l’Académie de Droit International », 196 (pp. 9-238). La Haya.

LEY DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY N°N.º 5393/2015.

LEY DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY N°N.º 19920/2020.

LIMA MÁRQUES, Claudia., “El Diálogo de las fuentes en el derecho del consumidor” Conferencia pronunciada en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor, en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, realizado en la ciudad de Santa Fe, Argentina, los días 2, 3 y 4 de septiembre de 2015, organizado por la Universidad Nacional del Litoral (UNL) y el Instituto Brasileño de Derecho y Política del Consumidor (BRASILCON).

LORENZETTI, Ricardo. “FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIVADO - EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA”. Editorial La Ley, Año 2016.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia “INSTITUCIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: MÁS ALLÁ DEL PROBLEMA CONFLICTUAL” en Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt, Coord. V.H. Guerra, C. Madrid Martínez, Y. Pérez, (Universidad Católica Andrés Bello), Caracas, pp. 155-226.

MAEKELT, Tatiana. “EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LAS AMERICAS”. Publicado en la página web de la OEA.

MARÍN, Zhandra. “La Crisis del Derecho Internacional Privado en los Estados Unidos de Norteamérica. Lecciones a aprender para Latinoamérica”. Sitio web de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado “ASADIP”.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo “Derecho Internacional Privado”, vol I. Introducción y parte General, 6ª. Ed. Madrid, 1972.

MICHAEL, Ralf “O Direito Marginal”. En Desafios do Direito Internacional Privado na Sociedade contemporânea. Loppes Matos Carneiro de Fariás, Inez – Raizar Borges Moschen (organizadoras). Editora Lumen Juris. Río de Janeiro, 2020.

MORENO RODRIGUEZ, José “LOS PRINCIPIOS DE LA HAYA Y EL DERECHO NO ESTATAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL”.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y ALBORNOZ, María Mercedes. Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts. *Journal of Private International Law*, 7(3) (pp. 491-526). Oxford.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. “NUEVA LEY PARAGUAYA DE CONTRATOS INTERNACIONALES: ¿REGRESO AL PASADO?”. *TEMAS ACTUALES DEL DERECHO BANCARIO Y SOCIETARIO* Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario © INTERCONTINENTAL S.A Asunción Paraguay 2015

NAFZIGER, James A. R. “Algunas Consideraciones Acerca de la Selección de la Ley, Según los Tribunales y Juristas Norteamericanos”.

OPERTTI BADAN, Didier. Prólogo a la obra “Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur”, coordinado por Diego Fernández Arroyo, Editorial Zavalía, Buenos Aires, año 2003.

P. North y J Fawcett, *Cheshire & North`s Private International Law*, 12a. ed. Londres/Dublín/Edimburgo, 1992, p. 23.

PROSSER, William L. “Interstate Publication”. *Michigan Law Review*, Vol. 51 Universidad de California, Berkley, año 1953.

QUINTÍN, Alfonsín “Teoría del Derecho Privado Internacional”. Montevideo, año 1955.

REESE. Willis L. M, “Discussion of Major Areas of Choice of Law (Volume 111)”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Consulted online on 20 December 2023.

REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO del 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

ROOSEVELT III, Kermit “Certainty vs. Flexibility in the Conflict of Laws”. 2019. UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW SCHOOL

ROSADO, Marilda y ALMEIDA, Bruno “A CINEMÁTICA JURÍDICA GLOBAL: CONTEÚDO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO”. Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD, v.1, n.20, 2011.

RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto. “Friedrich Karl von Savigny y el Derecho Internacional Privado, Vigencia de su doctrina”. “Desarrollos recientes en derecho internacional privado. Observaciones de derecho comparado a la luz de la Ley japonesa”. En Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt. Directores Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez. Editado por el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política CEDEP y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado ASADIP, pág. 145 a 167. Ver igualmente en Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Vol. 1, N°. 2, 2013, págs. 247-270 en idioma portugués.

RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto “La Ley aplicable y Jurisdicción competente en materia contractual desde la perspectiva del ordenamiento jurídico paraguayo”, en Carlos A. Soto Coaguila (Director), Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina, T. II, pags. 1507 y siguientes, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. “Ubicar el “Centro de Gravedad” como objetivo para la aplicación del Derecho Internacional Privado. Publicado por la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales “20 años del Código Civil. Homenaje al Prof. Ramón Silva Alonso”, Editora Litocolor, Asunción, año 2009.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. “Derecho Internacional Privado”, Edición revisada. Editorial La Ley, Asunción – Paraguay, año 2023.

SARACHO CORNET, Teresita y DREYZIN DE KLOR, Adriana. “Derecho Internacional Privado. Una Visión Actualizada de las Fuentes”, Editorial Avocatus., Córdoba 2003.

SAVIGNY, Friedrich Karl von “Sistema del Derecho Romano actual”. Edición Castellana. 1ra. Traducción del alemán: Charles Guenoux, traducido del francés: Jacinto Mesía y Manuel Poley, prologo: Manuel Durán y Bas. Madrid, F. Goncora y Compañía. Editores, 1878-1879.

SCOTTI, Luciana Beatriz. (2020). “Flexibilización y cláusula de excepción en el derecho internacional privado argentino”. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, VIII (2) (pp. 261-291). Buenos Aires.

SCOTTI, Luciana Beatriz. “Diálogo de fuentes: Las normas regionales del Mercosur y las nuevas disposiciones del Derecho Internacional Privado Argentino”. *Rev. Secr. Trib. Perma. Revista Año 4 N° 7*, Mayo de 2016.

SCOTTI, Luciana Beatriz. “Manual de Derecho Internacional Privado”. Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires. Año 2017.

SILVA ALONSO, Ramón. “Derecho Internacional Privado”, Edit. Intercontinental, Asunción, 1989.

SYMEONIDES, Symeon C., “Codification and Flexibility in Private International Law”, Cambridge, K.B Brown and D.V Snyder (eds.), 2011.

UZAL, María Elsa “Lineamientos de la reforma del Derecho Internacional Privado en el Código Comercial de la Nación”, Publicado en suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014, 247. Cita. Online: AR/DOC/3843/2014.

VALLADAO, Haroldo. “Direito internacional privado”, 2ª ed., Río de Janeiro, Biblioteca Universitaria Freitas Bastos, 1970.

VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. “Evolución histórica de la codificación del derecho internacional privado” en *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. Directores Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez.

¹ Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado y Profesor Titular de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Academia Paraguaya de Derecho. Miembro Honorarios de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado ASADIP. Profesor en la Maestría en Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires. Ex Presidente y miembro del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.

² La expresión derecho internacional privado fue acuñada por Joseph Story Juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos quien la utilizó por primera vez en el año 1834 en su obra “Comentarios sobre los Conflictos de Leyes”.

³ Valladao, Haroldo “Concluimos, assim, que só as relacoes conectadas especialmente com leis autonomas e divergentes, suscitadoras de con flictos de leis no espacio, entram no campo do DIP”. *Direito internacional privado*, 2ª ed., Río de Janeiro, Biblioteca Universitaria Freitas Bastos, 1970, pág. 42.

⁴ Según Werner Goldschmidt “El Derecho Internacional Privado (DIPr) es el conjunto de los casos jusprivatistas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descrito casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirectos, analítico y sintético-judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero”. En “Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo Jurídico”. Décima edición actualizada por Alicia M. Peruggini Zanetti. Editorial Abeledo Perrot. Año 2009.

⁵ Basedow, Jürgen “Desarrollos recientes en derecho internacional privado. Observaciones de derecho comparado a la luz de la Ley japonesa de 2006”.

⁶ Basedow, Jürgen opus cit.

⁷ Silva Alonso, Ramón “Derecho Internacional Privado”, Edit. Intercontinental, Asunción, 1989. Pag. 14.

⁸ Ruiz Díaz Labrano, Roberto. “Ubicar el “centro de gravedad” como objetivo para la aplicación del Derecho Internacional Privado”, publicado por la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, “20 años del Código Civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Silva Alonso”, Editora Litocolor, Asunción, año 2009, pág. 55.

⁹ Ruiz Díaz Labrano, Roberto. *Derecho Internacional Privado*. Editorial La Ley. Edición revisada y ampliada. Año 2023.

¹⁰ “The realm of the conflict of laws is a dismal swamp, filled with quaking quagmires, and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon. The ordinary court or lawyer is quite lost when engulfed and entangled in it.”. PROSSER, W. *Interstate Publication*. *Michigan Law Review*, v. 51, p. 959-971, 1953, p. 971.

¹¹ Jessurun D’Oliveira, Hans Ulrich, “The EU and a metamorphosis of Private International Law”, en Fawcett, James (ed.), *Ref/orm and Development of Private Internatiocmal Law*. *Essays inm honour of Sir Peter North*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 111.

¹² Ezquerro Ubero, José Javier. “La hermenéutica en Derecho internacional privado”. *Portal de revistas digitales de la Universidad Pontificia Comillas*.

¹³ Uzal, María Elsa y Najurieta, María Susana “Derecho Internacional Privado”, *Revista Jurídica de Buenos Aires - año 41 - número 93 - 2016 Abeledo Perrot*.

¹⁴ Michaels, Ralf “O Direito Marginal”, citado en el Libro Desafíos do Direito Internacional Privado na sociedade Contemporânea. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias - Valesca Raizer Borges Moschen (Organizadoras), pág. 1 al 20. “O direito internacional privado é comumente criticado pela sua tecnicidade, os quaking quagmires, dos quais fala Prosser. As pessoas dizem repetidamente que deve ser possível tornalo mais fácil, que ele é demasiado complicado. A resposta é que o direito internacional privado é tão complicado quanto o objeto da sua regulamentação. O objeto da regulamentação do direito internacional privado, a pluralidade de direitos, é complexo. É complexo porque não podemos pensar dentro de um sistema legal no qual podemos criar coerência e consistência. Temos sistemas jurídicos diferentes com valores muito diferentes e nenhum meta-nível a partir do qual estes conflitos possam ser decididos de forma neutra. A complexidade do direito internacional privado é, portanto, uma consequência da complexidade do problema com o qual ele lida. A técnica que o direito internacional privado utiliza para este fim é, por sua vez, um método notável de redução da complexidade, como diz Luhmann?”.

¹⁵ Por ejemplo, MICHAELS, R. A Symmetry of Asymmetries? A Private International Law Reconstruction of Lindahl’s Work on Boundaries. *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 29, p. 405-422, 2019.

¹⁶ LUHMANN, N. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1974.

¹⁷ Maier, Harold G.. “Baseball and Chicken Salad: A Realistic Look at Choice of law Baseball and Chicken Salad: *Vanderbilt Law Review* Volume 44 Issue 4 Issue 4 - May 1991 Article 3 5-1991.

¹⁸ Saracho Cornet, Teresita y Dreyzin de Klor, Adriana. “Derecho Internacional Privado. Una Visión Actualizada de las Fuentes”, Editorial Avocatus., Córdoba 2003, pág. 21.

¹⁹ Véase: Williem Tetley “Conflict of Laws”.

²⁰ Autores como Borchers, Juenger, Lowenfeld, Mc Dougal, Sedler, Symeonides han realizado críticas e interesantes aportaciones.

²¹ Cavers, David F. crítica al problema de elección de la ley competente o “A critique of the Choice of Law Problem, *Harvard Law Review*, 1933 y “The choice of law process” 1965 esta última obra constituye una recopilación de numerosos artículos del autor. “*Contemporary Conflicts Law in American Perspective*, *Recueil des Cours* 1970-III, 75”.

²² Ruiz Díaz Labrano, Roberto. “Derecho Internacional Privado”, Edición revisada. Editorial La Ley, Asunción – Paraguay, año 2023.

²³ Míaja de la Muela, Adolfo. “Derecho Internacional Privado”, Madrid, Año 1985, págs. 208/209.

²⁴ Esta apertura hacia las reglas – aunque fuera de principios - con el fin de evitar la incertidumbre con relación a la legislación aplicable fue interpretado por Ehrenzweig como una actitud contra-revolucionaria (“Has Cavers joined the counter-revolution?”, Ehrenzweig, *Private International Law*, I. p. 69).

²⁵ “La modificación de la posición original de Cavers hizo que Ferrer Correia, al analizar esta doctrina, afirmara “al final, existe una semejanza innegable entre estas últimas posiciones de Cavers y la doctrina tradicional, semejanza aún más reforzada por el hecho de ser los mismos, el fin último de las reglas de conflicto y los principios de preferencia. Efectivamente, Cavers

considera que la validez de estos principios depende de su actitud para ser incluido en un derecho común a todas las naciones. Al cumular en estos puntos de vistas universalistas tan caros a la doctrina tradicional del Derecho Internacional Privado, Cavers es ya hoy, prácticamente un cuasi adepto del método clásico de resolución de los conflictos” Cf. Ferrer Correia, Antonio. “Direito Internacional Privado”, Coimbra 1989. pág. 34).

²⁶ Currie, Brainerd (1912-1965), profesor de la Universidad de Durham, Carolina del Norte. (Selected Essays on the Conflict of Law. Durham, 1963).

²⁷ Ehrenzweig, Albert. (1096-1974). Profesor de la Universidad de California en Berkeley. (“The lex fori: Basic Rule in the Conflict of Laws”, “Specific Principles of Private Transnational Laws”, Recueil des Cours. Vo. 124 (1968-II).

²⁸ Cf. Mijangos de la Muela, Adolfo “Derecho Internacional Privado”, vol I. Introducción y parte General, 6ª. Ed. Madrid Adolfo. págs.211/213.

²⁹ Se ha criticado esta doctrina porque descansa sobre la primacía de la ley del foro que sería contrario al propio Derecho Internacional privado y le son igualmente atribuibles las críticas que con relación a la política legislativa estatal hemos mencionado con relación a Currie. Cf. Ferrer Correia, Opus cit. p g 41/45.

³⁰ Los trabajos relativos al “Segundo Restatement de los conflictos de leyes” dieron comienzo en 1951. La aprobación final del ALI se obtuvo en 1969 y el texto oficial se publicó en 1971.

³¹ Reese. Willis L. M, profesor de la Universidad de Columbia. (Restatement of the Law Second. Conflict of Laws) Autor del segundo Restatement y autor de “Discussion of mayor reas of Choice of Laws”. “El segundo restatement del conflicto de leyes” publicado en el Anuario Jurídico Interamericano, año 1979.

³² Cf. Ferrer Correia, Antonio. “Direito Internacional Privado, Coimbra 1989”, pág. 25.

³³ Ver: “La teoría de las vinculaciones, el régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad”, José Alfredo Giral Pimentel.

³⁴ Junger, Fridrich K, profesor de la Universidad de California y de Davis, realiza un interesante análisis en “en “Balance y Perspectivas de la Década en Estados Unidos” en Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado, publicación del Centro de Estudios Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993. referente a la cita, pág. 36

³⁵ Meyer, P. “Droit International Privé” 4a. Ed., París, 1991, p.54.

³⁶ Boggiano, Antonio. “Derecho Internacional Privado”, Vol 1, 2ª. Edi., Buenos Aires, 1983, p. 41.

³⁷ P. North y J Fawcett, Cheshire & North`s Private International Law, 12a. ed. Londres/ Dublín/Edimburgo, 1992, p. 23. Según estos autores, los tribunales ingleses tratan de decidir cada caso “de acuerdo con el sistema jurídico al que parece pertenecer más naturalmente”.

³⁸ Lagarde, P. “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, R. Des C.t. 196, 1996, p.9.

³⁹ Kegel, G. “Internationales Privatrecht, 6ª. Ed. MunichMúnich, 1987, pp. 80-82.

⁴⁰ Carrillo Salcedo, J. “Derecho Internacional Privado”, 2ª. Ed. Madrid, 1976.

⁴¹ Jame A. R. Nafziger “Algunas Consideraciones Acerca de la Selección de la Ley, Según los Tribunales y Juristas Norteamericanos”.

⁴² Sobre la fuerza creativa de la doctrina internacional privatista vid. B. Oppetit. R. des C. T. 234, 1992, p. 331.

⁴³ Miaja de la Muela, Adolfo “Derecho Internacional Privado”, vol I. Introducción y parte General, 6ª. Ed. Madrid, 1972, p. 28

⁴⁴ Ibid. Vid B. Oppetit, op. cit. pp. 364-65, 375-80,

⁴⁵ Alfonsín, Quintín “Teoría del Derecho Privado Internacional”. Montevideo, 1955, pp.1 173.

⁴⁶ Juenger, Fridrich K. “Balance y Perspectivas de la Década en Estados Unidos”, Opus cit. Pág. 75.

⁴⁷ Basedow, Jürgen “Desarrollos recientes en derecho internacional privado. Observaciones de derecho comparado a la luz de la Ley japonesa de 2006”.

⁴⁸ En especial Currie y Cavers. Ver al respecto Scles & Hay, Conflict of Laws, West Publishing Co. 1982, en especial pp. 16 a 20 y 28 a 34.

⁴⁹ Herbert, Ronald y Fresnedo, Cecilia. “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”, en Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Max Planck Institut, publicación del Fondo de Cultura Universitaria, , Montevideo, año 2002, pág. 56.

⁵⁰ Artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultanean se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.”

⁵¹ Ronald, Herbert y Cecilia Fresnedo.”, Opus cit. Pág. 37.

⁵² Cf. Currie, Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws, in: Duke Law Journal 1959, 171; Currie, Selected Essays on the Conflict of Laws, 1963. En relación con esta influencia, ver: Michael Martinek “The Seven Pillars of Wisdom in Private International Law - The German and the Swiss Experience with the Codification of Conflicts Law Rules” Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law, 2001, Law Press China, edited by Huang Jin, Pages 15 - 54.

⁵³ Miaja de la Muela, Adolfo. Opus cit. págs. 219/223.

⁵⁴ Ernst Rabel sostuvo la teoría de la armonía de soluciones de conflictos de leyes, que podía lograrse utilizando el método comparatista. Desarrolló la idea de la autonomía de los conceptos de Derecho Internacional Privado, independientes del Derecho Interno de la lex fori, y susceptibles de ser aplicados a todos los fenómenos jurídicos que se produzcan en el mundo. “The conflic of laws - A comparative study. Ann Arbor, University of Michigan, 1945”. Su teoría denominada por él de “la racionalización del Derecho Internacional Privado”, tiende a la unificación de sus normas, es por ello que se lo cataloga también entre los comparatistas en esta materia. La finalidad del DIPr. sería la armonía universal de las soluciones a fin de satisfacer los intereses particulares, que sufren la diversidad legislativa actual. La ley aplicable ser resuelta en función de los intereses humanos y resultados sociales. Este enfoque puede advertirse en la mecánica de aplicación de la ley extranjera; conforme al mismo, cada cuestión debe merecer una consideración particular y solución razonable, y así la referencia a un derecho extranjero por medio de la regla de conflicto puede significar remisión: al derecho material

extranjero; a la regla de conflicto extranjera, o al derecho material que el juez extranjero aplicaría. (Ver Jaime Navarrete, Opus Cit. p g. 179).

⁵⁵: Miaja de la Muela, Adolfo. Opus Cit. págs. 222/223.

⁵⁶: Kegel, Gerhard, profesor de la Universidad de Colonia, ha expuesto su teoría en su obra “International Privatrecht, München y Berlín 1960”. Su obra Derecho internacional privado fue editada en Colombia: Ediciones Rosaristas 1982.

⁵⁷: Para Günther Beitzke, la finalidad del del Derecho Internacional Privado es realizar la justicia, no directamente, sino por la designación de la ley que ha de regular cada relación de la vida mediante las normas de conflicto. Establece los siguientes principios: delimitación de competencias, el del derecho más eficaz, el de protección a los intereses de las partes, el de la practicabilidad, el de la armonía material y el del interés político. Cf. Günther Beitzke, Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht, in: Festschrift für Rudolf Smend, 1952.

⁵⁸: Neuhaus, Paul Heinrich “Die Grundbegriffe des Internationales Prievatrechts. Berlín - Tübingen, 1962”.

⁵⁹: Yanguas Messía, Opus Cit. Pág. 157.

⁶⁰: Ruiz Díaz Labrano, Roberto “Derecho Internacional Privado”, Edición revisada. Editorial La Ley, año 2023.

⁶¹: El conflicto de leyes (o “derecho internacional privado”) siempre ha sido considerado con máxima sospecha por los comercialistas, en particular los abogados prácticos. Eso es muy natural, dado que el derecho internacional privado es altamente abstracto y académico, mientras que el derecho comercial es a menudo menos preciso, pero vivo. Nuevas tendencias en la unificación internacional del derecho privado y comercial, (Herbert Kronke). Secretario General de UNIDROIT. Profesor de Derecho Universidad de Heidelberg.

⁶²: Fernández Arroyo, Diego, Opus. Cit. Pág. 53y 54.

⁶³: Fernández Arroyo, Diego. “Derecho Internacional Privado, una mirada actual sobres sus elementos esenciales”. Págs. 53 y 54.

⁶⁴: Madrid Martínez, Claudia “INSTITUCIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: MÁS ALLÁ DEL PROBLEMA CONFLICTUAL” en Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt, Coord. V.H. Guerra, C. Madrid Martínez, Y. Pérez, (Universidad Católica Andrés Bello), Caracas, pp. 155-226.

⁶⁵: Herbert Kronke sentencia que “Sería absurdo que, en tiempos en que el número de situaciones y transacciones transfronterizas aumenta dramáticamente, hubiera menos intercambio, menos trasplantabilidad, menos previsibilidad, menos armonía que en los días de Joseph Story”. En Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration : “Rules” at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws (www.unidroit.org)

⁶⁶: “En materia de contratos internacionales, la clásica rigidez de las normas de conflicto ha sido morigerada mediante la consagración del principio de autonomía de la voluntad, que confiere a las partes un amplio margen de libertad para elegir las normas de derecho aplicables a su relación. Actualmente, esta faceta de la flexibilización del método conflictual es mundialmente aceptada (Basedow, 2016), aunque en América Latina aún se advierten algunas reticencias fundadas en el territorialismo (Albornoz, 2010) y en la protección de la soberanía nacional (Vial

Undurraga, 2020)”. Albornoz, María Mercedes “Rigidez y flexibilidad: derecho aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección”. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 18/N.º 51-2021. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386

⁶⁷: La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales, ha sido suscrita por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela, pero solamente ha sido ratificada por México y Venezuela, entró en vigor el 15 de diciembre de 1996 de conformidad con el artículo 28 de la misma, no habiendo hasta la fecha ninguna Declaración y Reserva, por parte de ningún Estado Miembro.

⁶⁸: El 19 de marzo de 2015, los Miembros de la Conferencia de La Haya aprobaron oficialmente los Principios de La Haya.

⁶⁹: REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO del 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁷⁰: Reglamento (CE) No 593/2008 Capítulo I Ámbito de Aplicación. Artículo 1. Ámbito de aplicación material.

⁷¹: Art. 7 de la Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

⁷²: Art. 9 de la Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.

⁷³: Art. 10 de la Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

⁷⁴: Art. 1 de los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales- Ámbito de aplicación de los Principios. 1. Estos Principios se aplican a la elección del Derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional. No se aplican a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo. 2. A los efectos de estos Principios, un contrato es internacional salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado

y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho aplicable elegido, está vinculada únicamente con dicho Estado. 3. Estos Principios no se aplican al Derecho que rige: (a) la capacidad de las personas físicas; (b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; (c) las sociedades u otras personas jurídicas y los trusts; (d) los procedimientos de insolvencia; (e) los efectos de los contratos sobre la propiedad; y (f) la cuestión de si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona a la que representa.

⁷⁵ Art. 2 Libertad de elección 1. Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. 2. Las partes pueden elegir: (a) el Derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y (b) diferentes Derechos para diferentes partes del contrato.

⁷⁶ Como las emanadas de UNIDROIT, CONVENCIONES DE LA HAYA, LEYES MODELOS etc.

⁷⁷ Como referencia el Artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT sobre Contratación Internacional “(Usos y prácticas) (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.”

⁷⁸ En el caso *Auten vs. Auten* los Tribunales de Nueva York aplicaron la ley de Inglaterra (ley de la nacionalidad de las partes, del domicilio conyugal y del domicilio de los hijos) al cumplimiento de un contrato de separación entre esposos celebrado en Nueva York 14 años antes del juicio, no obstante que Nueva York era además el domicilio de una de las partes al momento del litigio y el lugar del pretendido cumplimiento del contrato. El caso culminó un año después de finalizado el Segundo Restatement bajo la dirección de del Prof. Willis Reese.

⁷⁹ “Richman & Reynolds 194 Nota 6 y 195. Siehr anota similitudes entre esta teoría y la teoría de la sede de la relación jurídica de Savigny, así como con la teoría del centro de gravedad de Gierke, Ver Siehr, Kurt G., *Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions*, en 30 *The American Journal of Comparative Law* 37, 40-41 (1982)”, en cita de José Alfredo Giral Pimentel.

⁸⁰ Albornoz, María Mercedes “Rigidez y flexibilidad: derecho aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 18/Nº 51-2021.*

⁸¹ REGLAMENTO (CE) N.º 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 Artículo 4 “Ley aplicable a falta de elección 1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de

seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país; e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual; f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual; g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse; h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley. 2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. 4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

⁸² Albornoz, María Mercedes “Rigidez y flexibilidad: derecho aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 18/N.º 51-2021.

⁸³ Sobre su estructura nos remitimos a la exposición de motivos que enuncia el contenido de la nueva ley “El texto final de la ley cuenta con 19 artículos. En la primera parte (artículos 1 a 10, y también 13 y 14), relativos a la selección del derecho, básicamente se reproducen los Principios de La Haya con modificaciones menores. Los siguientes artículos de la ley (11 y 12, 15 y 16) mayormente tratan de situaciones de ausencia de selección del derecho, reproduciendo casi literalmente provisiones análogas de la Convención de México de 1994, finalmente el artículo 17, que se ocupa del orden público, se encuentra en línea con la solución de los Principios de La Haya, y el artículo 18 trata de las derogaciones producidas con esta ley”.

⁸⁴ Art. 1º de la Ley N.º 5393/2015 “Ámbito de aplicación. Esta Ley regula la elección de derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión. Sus disposiciones no se aplican a contratos de consumo, a contratos de trabajo, ni a contratos de franquicia, representación, agencia y distribución.”.

⁸⁵ Art. 4º de la Ley N.º 5393/2015 “Libertad de elección. 1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes. 2. Las partes pueden elegir: a) El derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y, b) Distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles. 3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros. 4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción.

⁸⁶ Artículo 45 de la Ley N.º 19920/2020 “(Ley aplicable por acuerdo de partes).- Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan. De acuerdo a lo establecido en los artículos 13 y 51 de la presente ley, las partes pueden elegir normas de

derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte. La remisión al derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La elección del derecho puede ser hecha o modificada en todo momento. Si ella es posterior a la celebración del contrato se retrotrae al momento de su perfeccionamiento, bajo reserva de los derechos de terceros y de lo ya ejecutado conforme a la ley oportunamente aplicable⁸⁷.

⁸⁷. Art. 13 de la Ley Uruguaya N.º 19920/2020 “(Especialidad del derecho comercial internacional).-). - Se reconoce al derecho comercial internacional como un derecho de carácter especial. Las cuestiones relativas a las relaciones comerciales internacionales no resueltas en convenciones internacionales, en leyes especiales o en la presente ley, se dirimen consultando prioritariamente las restantes fuentes del derecho comercial internacional mediante la aplicación de los procedimientos de integración previstos en el inciso segundo del artículo 1º de la presente ley. Se consideran como fuentes materiales del derecho comercial internacional, los usos en la materia, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales internacionales, la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales y las doctrinas más recibidas en el Derecho uruguayo y comparado. Se aplicarán, cuando corresponda, los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes, o de general aceptación en dicho tráfico, y los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que la República forma parte.”

⁸⁸. Art. 51 de la Ley Uruguaya N.º 19920/2020 “(Usos y principios). - Se aplicarán, cuando corresponda, los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que la República forme parte (inciso cuarto del artículo 13 de la presente ley), sin perjuicio de lo previsto en el inciso segundo del artículo 45 de la presente ley”.

⁸⁹. Art. 15 Loi fédérale suisse sur le droit international privé. III. Clause d’exception. 1 Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. 2 Cette disposition n’est pas applicable en cas d’élection de droit.

⁹⁰. Basedow, Jürgen “El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes”, Traducida de su versión original inglesa por Teresa Puig Stoltenberg. Impreso en Bogotá Colombia por la Editorial Legis, año 2017.

⁹¹. Basedow, opus cit. Pag. 1.

⁹². Basedow, opus cit. pág. 5.

⁹³. Basedow, opus cit. pág. 6.

⁹⁴. Por ejemplo, Argentina: Ley de Sanción del Código Civil, Título VI (contratos); Brasil: Lei de Introdução ao Código Civil, Art. 9 (obligaciones); Paraguay: Código Civil, Art. 17 (obligaciones).

⁹⁵. KEGEL, G. *International Privatrecht*, 3rd ed. München 1971, p. 255.

⁹⁶. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966 «para promover la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional.

⁹⁷. El Comité Jurídico Interamericano (CJI) es uno de los Órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Es el cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos encargado de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y de estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los países del Continente. El Departamento de Derecho Internacional de la OEA es la Secretaría Técnica del CJI. Ha impulsado las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado CIDIP y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado.

⁹⁸. A la fecha se han realizado siete Conferencias de CIDIP en varias ciudades de las Américas: la CIDIP-I se realizó en la Ciudad de Panamá, Panamá en 1975; la CIDIP-II se realizó en Montevideo, Uruguay en 1979; la CIDIP-III se realizó en La Paz, Bolivia en 1984; la CIDIP-IV se realizó en Montevideo, Uruguay en 1989; la CIDIP-V se realizó en la Ciudad de México, México, 1994; y la CIDIP-VI se realizó en la sede de la OEA en Washington, D.C. en 2002. La Asamblea General de la OEA convocó la CIDIP-VII para abordar (tema uno) Protección al Consumidor y (tema dos) Garantías Mobiliarias. CIDIP-VII se realizó en la sede de la OEA en Washington, D.C. en 2009 en la que se adoptaron el Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

⁹⁹. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido en el ámbito internacional por su acrónimo UNIDROIT, derivado de su denominación francesa Institut International pour l'Unification du Droit Privé, con sede en Roma, fue fundado en ese país en el sistema de la extinta Liga de las Naciones; tras el fenecimiento de esta, fue restablecido como organismo intergubernamental en 1940.

¹⁰⁰. La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado HCCH, es una organización internacional con sede en la ciudad de La Haya (Países Bajos) que tiene por objeto buscar la homologación de las normas de derecho internacional privado a nivel mundial.

¹⁰¹. “Pero la vía del reglamento será sin duda, y como ya demuestran los hechos, la vía preferida, como ya anticipó sagazmente hace años I.E. SCHWARTZ. Ello puede ser muy beneficioso por varios motivos: Primero. Se procede a una unificación de las normas de DIPr, no ya a una mera armonización de legislaciones nacionales, lo que suprime completamente el problema de la diversidad de legislaciones nacionales de DIPr. Segundo. Se crea un “cuerpo legal orgánico” que evita los problemas de derecho de los tratados que afectan, por ejemplo, al Convenio de Roma de 1980 y al Convenio de Bruselas de 1968, —reservas, denuncias, ratificaciones, entrada en vigor, modificaciones, etc.—. Tercero. Se potencia la seguridad jurídica internacional, permitiendo a los particulares invocar directamente las normas contenidas en el Reglamento comunitario y obligando a los jueces estatales a aplicarlo de oficio. Cuarto. Los amplios términos en los que se expresa el art. 65 TCE permiten que todas las materias del DIPr. se vean afectadas por su “comunitarización”. En buena medida, el DIPr. pasaría de ser elaborado por los legisladores nacionales a ser regulado por instituciones comunitarias: es el efecto “travase

comunitario”. Alfonso-Luis Calvo Caravaca “EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* ISSN: 1692-8156 Pontificia Universidad Javeriana Colombia.

¹⁰². Borrás, Alegría “LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: PASADO, PRESENTE Y FUTURO”. Ver igualmente entre otros COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES por José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS.

¹⁰³. Fernández Arroyo, Diego: “Configuración Sistema del Derecho Internacional”, pág. 83. en “Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur”, Editorial Zavalía. Año 2003.

¹⁰⁴. Entre otros: El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa aprobado en el Valle de Las Leñas; Protocolo de Medidas Cautelares – Ouro Preto; Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales entre los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial.

¹⁰⁵. Opetrti Badan, Didier. Prólogo a la obra “Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur”, coordinado por Diego Fernández Arroyo, Editorial Zavalía, Buenos Aires, año 2003.

¹⁰⁶. “El “leitmotiv” que une nuestra cultura jurídica contemporánea es el papel primordial de los derechos humanos, y voy a dedicar especial atención a su influencia en nuestras intervenciones 25. Ya podemos constatar el acercamiento, debido a la importancia de los derechos humanos, de derecho internacional privado y derecho internacional público 26. A priori, uno estaría tentado a ver sólo una dualidad entre estas dos materias internacionales, el derecho internacional público, el derecho nacional que se refiere únicamente a los Estados, el derecho internacional privado que busca regular las relaciones de los particulares entre sí. Sin embargo, este concepto de dos esferas distintas se vio sacudido por la aparición de los derechos humanos, que rompieron las barreras entre los dos círculos del derecho. El derecho internacional privado posmoderno se caracteriza, por tanto, por un retorno a un cierto monismo del derecho internacional, al menos desde el punto de vista de la teoría jurídica, en el sentido de que la persona humana sigue siendo el centro del derecho”, Traducción libre. Jayme, Erik. “Identité culturelle et intégration ; le Droit International Privé postmoderne” *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, año 1996.

¹⁰⁷. Voir, en général, Sp. Karydis, « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *Rev. trim. dr. européen*, 1994, pp. 551 ss.

¹⁰⁸. “Nos dicen María Laura Estigarribia Bieber y Cristian Ricardo A. Piris “Es en este nuevo escenario que los jueces deberán realizar sus análisis, encuadres y tomar sus resoluciones, en el marco del diálogo de fuentes. Al respecto, nos ilustra Erick Jayme, autor de la teoría, quien “sostiene que las fuentes no se excluyen mutuamente, sino que hablan la una a la otra, y los jueces son los encargados de coordinarlas, son quienes deben escuchar lo que ellas dicen”. De aquí nace la concepción del diálogo de fuentes como herramienta fundamental para quienes tienen la delicada misión de administrar justicia. BIEBER, María Laura y PIRIS, Cristian

Rivado “La reconfiguración del sistema de fuentes en el Derecho Privado Argentino”, Revista de la Universidad de Córdoba. Vol. 7 Núm. 2 (2016): Nueva Serie II, págs. 109-128.

¹⁰⁹. Jayme, Erik “Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux : toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement ; elles « parlent » l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent”. IDENTITÉ CULTURELLE ET INTÉGRATION : LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ POSTMODERNE Cours général de droit international privé,

¹¹⁰. Benjamín, António Helman y Lima Marques, Claudia. “A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: Uma homenagem a Erick Jayme.”

¹¹¹. Traducción libre. Benjamín, António Helman y Lima Marques, Claudia. “A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: Uma homenagem a Erick Jayme.”

¹¹². Marilda Rosado e Bruno Almeida “A CINEMÁTICA JURÍDICA GLOBAL: CONTEÚDO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO”. Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD, v.1, n.20, 2011

¹¹³. Do Amaral Júnior, Alberto. EL «DIÁLOGO» DE LAS FUENTES: FRAGMENTACIÓN Y COHERENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 7 número 13, 2009, págs... 71-102.

¹¹⁴. DÖRFELT, Félix A.R. “Gesetzgebungsziele im Internationalen Privatrecht” Editorial: Bucerius Law School Press, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburgo.

Sobre el autor

Roberto Ruiz Díaz Labrano



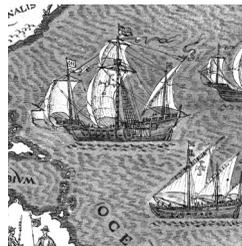
Roberto Ruiz Díaz Labrano es Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Titular de la cátedra de Derecho Internacional Privado y Profesor Titular de la cátedra de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor en la Maestría en Derecho de la Integración y Derecho Internacional Privado de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado en universidades europeas y americanas. Ex Presidente y Miembro del Tribunal Permanente de

Revisión del Mercosur. Miembro de la Academia Paraguaya de Derecho del Paraguay y Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Integrante del cuerpo de Árbitros de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios de Paraguay. Activo participante de las Conferencias Latinoamericanas de Arbitraje.

Autor de obras jurídicas individuales y en obras colectivas. Ejerce la profesión de Abogado en áreas de su especialidad.

Sumario

- I.** *Introducción;*
- II.** *La mutación conceptual del ius gentium;*
- III.** *La literatura que colocó a Vitoria como el padre fundador del derecho internacional y la otra que lo criticó;*
- IV.** *Las tesis en disputa en la Querrela de la Conquista;*
- V.** *Francisco de Vitoria: la síntesis académica del rechazo de esas doctrinas por parte del escolasticismo salmantino;*
- VI.** *Conclusión*



**Paulo Emílio Vauthier
Borges de Macedo***

La querrela de la conquista y la génesis del derecho internacional

Introducción

La Querrela de la Conquista fue un debate que tuvo lugar en la España del siglo XVI sobre los derechos de los amerindios que llevó al problema de la legitimidad de la conquista de América, a través de qué títulos legales los españoles podían apropiarse de esas tierras. Sin embargo, ¿cuál es la relación de ese debate con el origen del derecho internacional?

La disciplina del derecho internacional fue bautizada, en 1780, por el filósofo Jeremias Bentham, en su libro *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*¹. La traducción, de hecho, resulta ser imperfecta. Nación, en francés, viene de *naissance*, “nacimiento”; mientras que, en inglés, se conserva la polisemia de “nación”, “país” o “Estado”. El énfasis de Bentham, sin embargo, estaba en el prefijo “inter”. Quiso enfatizar la idea de que esta Ley se aplica entre los

pueblos; noción que, según Bentham, el primer nombre de la disciplina, “derecho de las gentes”, se mantuvo ambiguo.

El derecho de las gentes romano era un derecho positivo aplicado a los extranjeros dentro de lo Imperio Romano y abarcaba instituciones de derecho internacional y otras de derecho privado. La idea era aplicar al propio derecho romano a personas que no hablaban latín y no podrían comprender las formalidades del derecho romano regular. Era, entonces, el derecho de los extraños, de personas que no pertenecían al mismo clan, a la misma nación. Así, se introdujo un cuerpo de *ius aequum*, que trazó la correspondencia entre institutos universales cuyas apariencias y particularidades cambian según las costumbres de cada pueblo: las reglas sobre el matrimonio, el derecho a la sepultura, el instituto de la esclavitud, el derecho de embajada, etc. El derecho de las

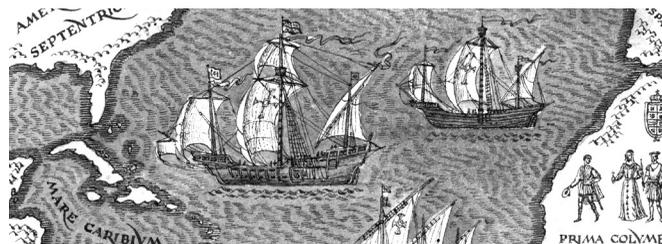
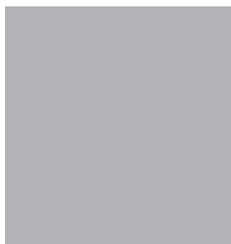
“[Cuando se dice que Grocio es el padre del moderno derecho natural y el padre del derecho de las gentes], ¿se quiere decir que una disciplina completamente nueva salió de su cabeza, que inventó o imaginó, por una especie de intuición divina sobre las reglas de la guerra, de la paz y de las relaciones entre los Estados, entre soberanos, alianzas, embajadas hasta aquel momento desconocidas? Nada sería más contrario ni a la lógica de las cosas ni a la verdad. Desde la Edad Media, varios canonistas, legistas y publicistas han escrito sobre estos diversos temas, así como sobre asuntos relacionados con la ley natural”.

gentes romano podría ser, al mismo tiempo, derecho entre los pueblos o derecho común a todos los pueblos, como instituciones que coincidentemente se dan en el derecho interno de todos los pueblos.

Tradicionalmente, al holandés Hugo Grocio se le atribuye el epíteto de padre del derecho internacional. En la segunda mitad del siglo XIX surge una literatura que baja Grocio de este pedestal y se vuelve hacia la Querrela de la Conquista por la busca de un padre fundador. La década de 1860 marcó el punto de inflexión para la idea de un origen ibérico del derecho internacional debido a un hecho bastante insólito: el descubrimiento del libro *De Jure Praedae Commentarius*, obra que Hugo Grocio nunca llegó a publicar y que había desaparecido. En lugar de llamar la atención sobre el jurista de Delft, las diversas referencias a los escolásticos españoles, especialmente a Francisco de Vitoria, sirvieron como argumentos para la disputa sobre la paternidad del derecho de las gentes. El propio prefacio de la edición de Gerhard Hamaker subraya la influencia decisiva de los españoles².

A finales de siglo, la literatura revisionista se multiplica dentro y fuera de España. Se destacan Eduardo de Hinojosa, Carl von Kaltenborn y Ernst Nys. El suizo Alphonse Rivier elimina por completo la originalidad de Hugo Grocio:

“[Cuando se dice que Grocio es el padre del moderno derecho natural y el padre del derecho de las



gentes], ¿se quiere decir que una disciplina completamente nueva salió de su cabeza, que inventó o imaginó, por una especie de intuición divina sobre las reglas de la guerra, de la paz y de las relaciones entre los Estados, entre soberanos, alianzas, embajadas hasta aquel momento desconocidas? Nada sería más contrario ni a la lógica de las cosas ni a la verdad. Desde la Edad Media, varios canonistas, legistas y publicistas han escrito sobre estos diversos temas, así como sobre asuntos relacionados con la ley natural³.

A principios del siglo XX, empiezan a aparecer muchas obras enteras sobre Francisco de Vitoria, como las de Quilicus Albertini, Alfred Vanderpol, Hubert Beuve-Méry, Jean Baumel, Joseph Delos, Friedrich Heydte, Heinz Kipp y Alois Dempf. La reputación de Francisco de Vitoria ya estaba bastante consolidada y ningún estudio de

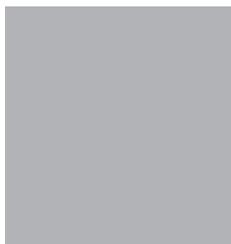
la historia del derecho internacional podía omitirlo. En 1927, en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el discípulo de Ernst Nys, Camilo Barcia Trelles, imparte un curso sobre Francisco de Vitoria. En el mismo año, las lecciones fueron impartidas en España por un autor protestante y anglosajón, James Brown Scott. El libro *El origen hispano del derecho internacional* es la primera versión de una obra que sería revisada y publicada en varias otras ocasiones.

El nombre del teólogo salmantino se extendió por todas las partes. En 1926, en la propia España, se funda la Asociación Francisco de Vitoria, rebautizada, en 1933, como Instituto Francisco de Vitoria de Derecho Internacional. Finalmente, poco antes de la Segunda Guerra Mundial, la Sala de Consejos del Palacio de las Naciones, después de ser decorada por José María Sert, pasó a llamarse Sala Francisco-de-Vitoria⁴.

Sin embargo, ¿qué vio esta literatura en la Querrela de la Conquista y en Francisco de Vitoria para otorgarles tal protagonismo? Para una literatura que buscaba un nuevo fundador del Derecho Internacional, la defensa francamente apasionada de los derechos de los amerindios realizada por Antónío de Montesinos y Bartolomé de Las Casas, así como la valentía retórica del hombre que ocupó el más prestigioso cargo académico en toda España (catedrático de prima de Teología en la Universidad de Salamanca: Francisco de Vitoria) ejercieron una fascinación difícil de ignorar. Como resultado, el debate sobre la Conquista de América se convirtió en un hito para la construcción de los derechos humanos, y Montesinos, Las Casas y Vitoria se transformaron en santos defensores de los amerindios. Esta literatura ha ido tan lejos que causa extrañeza que James Brown Scott descubra, en algunos pasajes de Vitoria, el origen del principio de la igualdad jurídica de las naciones y de la noción contemporánea de ciudadanía y de los derechos de la mujer, o cuando compara el pensamiento del teólogo con el del presidente Abraham Lincoln, personajes separados por tres siglos⁵. Anacronismo y más anacronismo.

Así, según esa literatura, Francisco de Vitoria y los demás escolásticos de Salamanca habrían desarrollado un concepto de *ius gentium* nuevo, un derecho positivo que se plantea entre los Estados soberanos. Pero esta soberanía sería limitada por los valores compartidos de la comunidad internacional como un todo: el derecho internacional moderno.

Como reacción a esta lectura mítica, en el último cuarto del siglo XX surgió una literatura revisionista que buscaba leer a Francisco de Vitoria con gafas menos idealizadoras. Yo también participé de esa corriente revisionista⁶. Todavía, debo confesar que quizás estábamos demasiado ansiosos por mostrar que Vitoria estaba preocupado por promover “valores específicamente cristianos y por justificar lo que los españoles llaman cándidamente la conquista”⁷. Un importante autor de ese movimiento, Antony Anghie propuso que Vitoria buscaba fundar un orden normativo entre un pueblo soberano (los europeos) y otro no soberano (los amerindios), en el que el último sería “disciplinado” por el primero⁸. Martti Koskenniemi acepta esta concepción y afirma que la verdadera aportación española al derecho internacional fue naturalizar la idea de “imperio”⁹. El revisionismo



produjo escritores aún más exasperados contra Vitoria. Según Verhoeven, el teólogo salmantino quería justificar el genocidio de las poblaciones amerindias. “Es imposible no ver que la ley que Vitoria construye está completamente dominada por la violencia, que sirve a su objetivo: la inquietante masacre de las poblaciones indígenas (...)”¹⁰.

No estoy de acuerdo con eso. En este trabajo quiero retractarme de mi opinión anterior y proponer otra. Una lectura de la Querrela da Conquista a partir de las tesis en disputa puede ayudar a esclarecer el legado ibérico para el derecho internacional.

La mutación conceptual del *ius gentium*

Como suele ser, el concepto de derecho de las gentes aparece por primera vez en Roma, durante la organización tribal, incluso antes de la monarquía

– que fue instituida al mismo tiempo que la Ciudad, en el año 754 a. C. – con un significado muy diferente al del derecho internacional. La organización social de la península itálica se basó, sobre estos principios, en un sistema llamado “gentílico”, porque constituía el derecho de la “gens”, de personas que pertenecían al mismo clan o a clanes afines. Era posible distinguir entre “el *ius gentilicum* que regulaba las relaciones entre las clases altas y bajas dentro de un mismo pueblo, el *ius gentilitatis* que comprendía las leyes vigentes dentro de las clases altas de los gentiles, y el *ius gentium* que regulaba las relaciones entre diferentes pueblos”¹¹. La gens representaba tanto la fuente normativa como el hecho jurídico por excelencia; las normas jurídicas se originaban y estaban destinadas a la gens romana.

Posteriormente, el *ius gentium* romano pasó a aplicarse a aquellas relaciones entre extranjeros (*peregrini*)

entre sí y con los cives romanos. Era un conjunto de ordenanzas cuyos destinatarios eran seres humanos, no organizaciones políticas. Además, consistía en un derecho intra gentes, no inter gentes. Desde el año 242 a. C. fue administrado por un *praetor peregrinus*, un magistrado itinerante; factor que permitió a sus edictos armonizar propuestas culturales y diferentes tradiciones jurídicas. El pretor, por lo tanto, necesitaba privilegiar los acuerdos reales, en lugar de los vínculos formales, la sustancia más que la forma, ya que esa última, en general, pertenece a una sola comunidad y no es fácilmente universalizable. En los contratos, debe privilegiar las volutas, el consenso, aunque la forma sea precaria. Esta cualidad se destaca sobre el resto del derecho romano, formalista en esencia. Incluso en sus inicios, ya se perfilaba la tarea fundamental

de esta rama: “gobernar las relaciones entre ‘extraños’, entre personas que no pertenecen a la misma tribu, al mismo clan, a la misma nación, a la misma cultura, pero que comparten una sola humanidad común”¹². El *ius gentium* contenía en sí la exigencia de un derecho universal, de un derecho que debería ser, en principio, aceptado por todos los hombres, que debería ser una rama no nacional, pero abierta a la diferencia.

Ese derecho pertenecía, de hecho, al derecho positivo, pero varios elementos lo acercaban al derecho natural. Como el orgullo romano impedía la adopción directa de normas jurídicas externas, el *ius gentium* acogió y reelaboró los usos y costumbres de otros pueblos. Así, se introdujo un cuerpo de *ius aequum*, que trazó la correspondencia entre institutos universales cuyas apariencias y particularidades cambian según las costumbres de cada pueblo: las reglas sobre el matrimonio, el derecho a la sepultura, el instituto de la esclavitud, el derecho de embajada, etc. La noción de bona fides, de fidelidad a la palabra prometida, ocupó una posición central. La buena fe es esencial para la estabilidad y perpetuidad de las relaciones comerciales y constituye una garantía de credibilidad personal. Además de

“El *ius gentium* contenía en sí la exigencia de un derecho universal, de un derecho que debería ser, en principio, aceptado por todos los hombres, que debería ser una rama no nacional, pero abierta a la diferencia.”

las relaciones comerciales, Roma estableció relaciones de mecenazgo, *amicitia* y *hospitium* con los extranjeros. El *ius gentium*, por lo tanto, también se ocupaba de la preservación de los mores. Esos contenidos éticos hicieron que el derecho de las gentes se acercara más al derecho natural que al derecho positivo¹³.

Si esa era la práctica del derecho de las gentes, su razonamiento, sin embargo, trajo dolores de cabeza. Aristóteles legó a la posteridad un binomio: ley natural, que es inmutable, y ley positiva que variaba de un lugar a otro. Una tiene una característica universal, la otra particularista. Una está enraizada en la verdad, en la esencia eterna de las cosas, la otra en la opinión, en la doxa, tan cambiante como las circunstancias humanas. Para los romanos, el derecho aplicable a los ciudadanos, el *ius civilis*, correspondía claramente al derecho positivo, y el derecho natural al *ius naturalis*. Sin embargo, ¿dónde se encajaría el derecho de las gentes? Dado que el *ius gentium* se presentaba como un conjunto de normas universales, con un proceso de formación íntimamente ligado al de la costumbre – que se pierde en tiempos inmemoriales –, no se debe extrañar que él fuera, no pocas veces, confundido con el derecho natural. El

filósofo romano Cicerón no hace distinción entre el *ius naturalis* y el *ius gentium*. En *De Officiis*, dice: “Ahora bien, ciertamente, esto no sucede sólo por la fuerza de la naturaleza, es decir, por el derecho de las gentes, sino también en virtud de las leyes de los pueblos, que sustentan la cosa pública en cada ciudad. También prescriben que no es lícito dañar a otros en beneficio propio.” Más adelante, Cicerón demuestra la validez de esa ley incluso frente a la bajeza de las costumbres y la corrupción de la ley civil:

“Aunque encuentro que tal engaño no se considera base por la perversión de las costumbres, ni está prohibido por la ley o el derecho civil, creo que la ley de la naturaleza lo prohíbe. En efecto, hay una sociedad – se ha dicho muchas veces, pero vale la pena repetirlo muchas más – que es bastante amplia, la sociedad de todos los hombres; una más restringida, la de los que forman parte de la misma familia, y, por último, otra aún más pequeña, la de los que son de la misma ciudad. Por eso, nuestros antepasados querían que existiese el derecho de las gentes, por un lado, y el derecho civil, por el otro”¹⁴.

“Aunque encuentro que tal engaño no se considera base por la perversión de las costumbres, ni está prohibido por la ley o el derecho civil, creo que la ley de la naturaleza lo prohíbe. En efecto, hay una sociedad – se ha dicho muchas veces, pero vale la pena repetirlo muchas más – que es bastante amplia, la sociedad de todos los hombres; una más restringida, la de los que forman parte de la misma familia, y, por último, otra aún más pequeña, la de los que son de la misma ciudad. Por eso, nuestros antepasados querían que existiese el derecho de las gentes, por un lado, y el derecho civil, por el otro”

Se ve que el *ius civilis*, el derecho de la ciudad - el propio derecho interno - se opone al derecho de las gentes, el derecho que deriva de la naturaleza, de la amplia sociedad de los hombres. Todo derecho procede de una sociedad: el derecho civil, de una pequeña sociedad que es la propia ciudad, y el

derecho de las gentes de una *magna humani communitas*, la sociedad de todos los hombres. Los pensadores romanos, influidos por la filosofía estoica, al confrontar el derecho civil con el derecho de las gentes, promovieron generalizaciones que alteraron significativamente el contenido del término. El *ius gentium* histórico de los romanos se sirvió de la experiencia extranjera en casos muy particulares; sin embargo, el *ius gentium* filosófico comprendía normas e instituciones jurídicas que se encontraban en todos los lugares, como, entre otras, las relativas al matrimonio, la defensa y protección de propiedad y las obligaciones de reparar los daños. Era, por lo tanto, una ley universal común, lo que haría muy difícil distinguirla de la ley natural.

Los grandes juristas romanos también manifestaron esta indeterminación. En las compilaciones no se limitaron a enumerar los institutos del derecho de las gentes, sino que también buscaron definirlo, y fue la filosofía griega, no la práctica jurídica vigente, la que les sirvió de matriz. Cabe señalar que, entre las diversas materias reguladas por este *ius gentium* filosófico, algunas tenían carácter internacional, como el derecho de legación y las normas sobre el botín y los despojos de guerra,

pero la mayoría se concentraba en el derecho privado, y de algunas cuestiones de derecho público interno, como el estatuto de los exilados. Por lo tanto, todavía no es posible establecer ninguna correlación con el derecho internacional. En el *Digesto*, el título inicial contiene dos definiciones principales de *ius gentium*, una por Gaius y la otra por Ulpiano; ambos le confieren una base natural. Conforme Gaius,

“En todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres, se usa tanto el derecho que les es propio como el derecho que es común a todos los hombres. En efecto, el derecho que cada pueblo se ha establecido pertenece a la propia ciudad; pero la ley que la razón natural ha establecido entre todos los hombres es una regla que todos observan por igual, y se llama derecho de las gentes, en cuanto es la ley a la que sirven todas las naciones”¹⁵.

Hay, pues, dos categorías de normas: el derecho civil y el derecho de las gentes. El primero pertenece a cada Estado, que es también su fuente; el segundo es común a todos los hombres y se manifiesta por igual en todos los pueblos. Los pueblos no lo crean, se deriva de un principio superior, la

naturalis ratio. Es un derecho anterior al derecho positivo, originado en un estado de inocencia primitiva. Se ve claramente la oposición entre el derecho de un pueblo y el derecho común a todos los pueblos, un derecho fundado en la voluntad humana y otro resultante de la recta razón, una ley escrita y otra no escrita. No hay, pues, problema alguno en sustituir la expresión *ius gentium* por la de derecho natural.

Ulpiano, a su vez, añade un tercer término a esta división de fuentes: *ius naturalis*. Su exposición empieza con ese nombre, que comprende las funciones vitales más elementales - la unión de los sexos, la procreación, la educación de los hijos - que la naturaleza reserva para todos los seres vivos, humanos o animales. Este *ius naturalis* parece remontarse al derecho natural de los estoicos. Por oposición a ese concepto, el autor define el derecho de las gentes: “a las naciones humanas se aplica el derecho de las gentes, que mediante el entendimiento se puede deducir fácilmente de la naturaleza, y, entre todos los animales, sólo el hombre comparte [esta ley] entre sí”¹⁶. El derecho de las gentes constituye la parte del derecho natural que se aplica únicamente a los seres humanos.

“En todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres, se usa tanto el derecho que les es propio como el derecho que es común a todos los hombres. En efecto, el derecho que cada pueblo se ha establecido pertenece a la propia ciudad; pero la ley que la razón natural ha establecido entre todos los hombres es una regla que todos observan por igual, y se llama derecho de las gentes, en cuanto es la ley a la que sirven todas las naciones”

Esta división se remonta a una concepción pitagórica que supone la existencia de una edad de inocencia, una edad de oro, que se opone a una edad de pecado, una edad de hierro. En la Antigüedad todo sería común, el hombre sería libre y se encontraría insertado directamente en la naturaleza. Después habría seguido la perversión y el egoísmo, y se habría establecido la propiedad privada y otras instituciones excluyentes. Para Ulpiano, el derecho natural corresponde al período idílico, y el derecho de las gentes

al período posterior, ya corrompido¹⁷. A pesar de la inserción de este tercer término, tanto Ulpiano como Gaius consideran – en línea con las enseñanzas de Aristóteles – el derecho civil un *ius proprium*, y lo oponen a un *ius commune*. La analogía con el Estagirita resulta, en efecto, imperfecta, ya que, si en Gaius el derecho común equivale al derecho de las gentes, en Ulpiano el *ius commune* sería el derecho de las gentes y también el resto del derecho natural. En ese autor, todo lo que no es derecho civil es derecho común. Entonces, siendo el derecho civil particular y variable, el *ius gentium* debe compartir su inmutabilidad con el *ius naturale*. Sin embargo, si esta característica se impone a los hombres en virtud de un principio superior, como la razón natural de Gaius, entonces el derecho de las gentes de Ulpiano no pertenecería al derecho positivo y no correspondería a la realidad histórica del *ius gentium* romano. Por lo tanto, sólo tendría una naturaleza filosófica y helénica. Así, para evitar esta conclusión, la característica “común” del derecho de las gentes de Ulpiano tendría que derivar de una coincidencia de institutos jurídicos entre diferentes pueblos. No hay una tercera alternativa: o Ulpiano sería un mal jurista, por no describir con la debida precisión el *ius gentium*

histórico, o sería un mal filósofo, por no conocer los fundamentos de la bipartición aristotélica.

En cualquier caso, cabe señalar que ni el *ius gentium* de Ulpiano ni el de Gaius son similares al derecho internacional contemporáneo. Aunque se aplicaban a los más diversos pueblos, los verdaderos titulares no eran las personas o *populi* mencionados por los autores. Como en el derecho civil y en el derecho natural, los sujetos eran los individuos. En Ulpiano, la nota clave se basa en el adjetivo *humanae*; el uso del sustantivo *gentes*, en lugar de *genus humanum* – expresión que, cabe señalar, fue utilizada anteriormente en el texto – sirve para mantener el juego de palabras con el término *ius gentium* y el valor probatorio del que supuestamente deriva. Lo mismo ocurre con Gaius. El término *populi* no es equivalente al sujeto del *ius gentium* ni en derecho ni en sintaxis, ya que el *apud* insertado al final lo convierte en un complemento de lugar. Además, cabe destacar la repetición de *omnes*, que aparece cuatro veces en la oración. “Lejos de ser *ius inter gentes o inter populos*, el derecho de las gentes de nuestros dos autores debe entenderse como *inter homines*”¹⁸. Los individuos son los titulares; más precisamente los

“... ni el *ius gentium* de Ulpiano ni el de Gaius son similares al derecho internacional contemporáneo.”

hombres libres, por la oposición al derecho civil que se dirige a los hombres que poseen, además de la libertad, el estatuto de ciudadanos.

El derecho de las gentes romano era, por lo tanto, un derecho interno al imperio, con una práctica de derecho positivo, pero dotado de un fundamento que lo confundía con el derecho natural. No era derecho internacional.

La literatura que colocó a Vitoria como el padre fundador del derecho internacional y la otra que lo criticó

Según esa literatura, Francisco de Vitoria habría desarrollado un concepto de *ius gentium* hasta entonces inédito, que regularía tanto los períodos de guerra como los de paz, y que afectaría a los Estados soberanos; esta soberanía, sin embargo, no sería absoluta, pues existiría un principio superior que la limita: el *totus orbis*,

“El derecho de las gentes romano era, por lo tanto, un derecho interno al imperio, con una práctica de derecho positivo, pero dotado de un fundamento que lo confundía con el derecho natural. No era derecho internacional.”

la comunidad internacional y orgánica de todos los pueblos, que establecería vínculos de solidaridad con miras al bien común. Esa instancia global estaría por encima de los deseos particulares de los Estados, dictaría normas internacionales y aseguraría su ejecución. Los propios Estados funcionarían como órganos del orbis y utilizarían la guerra justa para reivindicar injusticias y corregir errores, en una verdadera anticipación de lo que, siglos después, George Scelle llamaría “desdoblamiento funcional”¹⁹.

Esa concepción, según la cual Vitoria ya había desarrollado una definición moderna de derecho internacional, se basa en el siguiente razonamiento. Como heredero legítimo de Tomás de Aquino, Vitoria comparte la idea de la solidaridad natural del hombre

y la consecuente naturalidad del Estado. Y la sociedad internacional forma una comunidad semejante a un Estado: “Y el mundo entero, que en cierto modo es una república [*aliquo modo est una republica*], tiene la facultad de prescribir leyes justas para todos sus súbditos, como las son el derecho de las gentes”²⁰.

Tal como las repúblicas consisten en agrupaciones naturales formadas por individuos, existe otra comunidad natural que se compone de repúblicas y ejerce autoridad sobre ellas. Se trata, según esta interpretación, de una analogía con el propio Estado; este sería el significado de la frase “*aliquo modo est una republica*”. El orbe representa un corpus natural y orgánico, cuyos miembros son todas las repúblicas. Como toda comunidad política, el orbe promulga leyes verdaderas: “el derecho de las gentes no tiene fuerza sólo por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley”²¹. Así, el *ius gentium* no dependería de la voluntad de los Estados. El *totus orbis* constituiría un cuerpo legislativo superior a la mera suma de todos sus miembros.

Así, la soberanía de los Estados estaría limitada por un poder superior: el bien común, razón por la cual se

constituyó el orbe. La solidaridad natural de los individuos se convertiría en un principio válido para las relaciones internacionales. Un evento político que concierne a un Estado afecta a todos. Por lo tanto, la justicia de este evento debe medirse globalmente. “Como cada república es una parte del mundo entero, y especialmente una república es parte de la provincia cristiana máxima, si la guerra fuera útil a una provincia o a una república, pero perjudicial para todo el mundo o para el cristianismo, creo que por ese hecho sería injusta”²².

Entretanto, el argumento principal aún estaba por llegar. La literatura que pretendía instituir a Francisco de Vitoria como el nuevo padre del derecho internacional encontró fundamento para su pretensión en el célebre pasaje en el que el teólogo salmantino retoma la definición de *jus gentium* de Gaius: “pero lo que la razón natural instaure entre todos los pueblos es llamado derecho de las gentes”²³. Vale la pena repetir el tramo final de la definición del jurisperito romano: “pero la ley que la razón natural estableció entre todos los hombres es una regla según la cual todos observan por igual y se llama derecho de las gentes, en cuanto es la ley que todas las naciones se sirvan a sí mismas”²⁴.

Vitoria reemplaza la palabra “homines” en el texto original por “gentes”. Según esta literatura, no se trata de un pequeño error debido a una cita de las *Institutas* hecha por el autor de memoria. El intercambio habría sido deliberado y tendría consecuencias bastante profundas: el sujeto del derecho de las gentes ya no sería el hombre – lo que provoca la confusión de esta rama con el derecho natural. Ahora, sería claro: los sujetos serían los pueblos, los Estados. Como dice Scott:

“Esta innovación tiene una importancia fundamental. Pues, con la sustitución por gentes en lugar de homines, el antiguo derecho romano que servía para regir las relaciones entre todos los hombres por todas las partes del mundo queda convertido en un derecho que rige las relaciones de los varios pueblos considerados como naciones, o bien, como Estados”²⁵.

De esa manera, Vitoria saldría definitivamente de la órbita conceptual romana – que confundía el derecho natural con el derecho de las gentes – y sería el primero en presentar un concepto de *jus gentium* que corresponde al del derecho internacional contemporáneo. Aun así, para corroborar esta interpretación, la oración que

“Esta innovación tiene una importancia fundamental. Pues, con la sustitución por gentes en lugar de hombres, el antiguo derecho romano que servía para regir las relaciones entre todos los hombres por todas las partes del mundo queda convertido en un derecho que rige las relaciones de los varios pueblos considerados como naciones, o bien, como Estados”

sigue al pasaje comienza con *Apud omnes enim nationes*, lo que permitió de una vez por todas identificar las gentes de Francisco de Vitoria con “nación”, y no más con “hombres”, como era en el texto de Gaius.

Mientras tanto, esta literatura produjo una versión algo sesgada de la obra de Vitoria y de los debates en torno a la Conquista. Los autores de esa corriente buscaban un reemplazo para Hugo Grocio, por lo que intentaron hacer el maestro español hablar más de lo que pretendía.

Según la literatura revisionista, la propia estructura de las *Relectio de Indis*

muestra que el propósito de Vitoria sería más gris de lo imaginado. En la primera *relectio*, toda la primera sección busca demostrar que los amerindios son dueños válidos de sus tierras. Esta demostración, a pesar de las profundas consecuencias jurídicas, responde a un propósito mayor: probar que el infiel, una gente no cristiana, puede tener dominio. Profesar una religión distinta al cristianismo no es motivo para privar a los amerindios de sus bienes. La posesión, la propiedad, el dominio y la soberanía representan instituciones independientes de la religión. Con eso, el autor se prepara para atacar la idea de que el Papa podría ejercer jurisdicción sobre el mundo entero.

Esa lección cumple la función de introducir la segunda sección. En ella, Vitoria busca refutar los títulos ilegítimos por los cuales los españoles conquistaron a los “bárbaros del Nuevo Mundo” (*barbari novi orbis*). Estos son los títulos previstos en el *Requerimiento de Burgos*. El primero afirma que el emperador es el señor del mundo. Vitoria no podía aceptar eso porque, de hecho, ya no vivía en un ambiente feudal. El emperador romano-germano tenía más poder simbólico que efectivo. Por lo tanto, Carlos V no podía reclamar tierras americanas

por su propia autoridad. En el segundo título, el autor rechaza el imperalismo pontificio. El Papa no ejerce jurisdicción temporal sobre todo el globo, porque Cristo nunca hizo esa donación a Pedro, el primer papa. El tercer título corresponde al descubrimiento. Sin embargo, esas tierras no estaban desprovistas de dueños, por lo tanto, no se puede hablar de adquisición originaria. El cuarto título se refiere a la recusa de los amerindios a recibir la fe de Cristo. Vitoria no acepta esto porque niega la legitimidad de todas las conversiones forzadas. Por el quinto título, los españoles podían declarar la guerra a los amerindios por sus pecados; los cuales violarían no sólo la ley positiva divina, sino también la ley natural. Los amerindios, creían algunos, comían carne humana y practicaban el incesto. Esta razón se consideraba muy grave, pero el Papa no ejerce jurisdicción espiritual sobre los inconversos y por lo tanto no podía delegar la autoridad para corregirlos. El sexto título corresponde a la sumisión voluntaria de los amerindios a los españoles. Además de que el miedo y la ignorancia viciarían este tipo de elección, los herejes ya tenían un soberano. Por fin, un último título daría a los españoles derechos sobre todos los bárbaros por una donación especial de Dios. Vitoria no dedica

mucho tiempo a eso porque este argumento no está probado ni por las Escrituras ni por un milagro.

Hasta ahora, los escritos parecen hacer justicia a la imagen de Vitoria como un santo humanista; sin embargo, la *relectio* continúa. En el tercer apartado, el autor pasa a analizar los títulos legítimos por los que los españoles podían conquistar a los bárbaros. El primero se refiere a la comunicación natural que subsiste en todo el mundo. Los españoles tendrían derecho de visitar y establecerse en las tierras de los amerindios, sin sufrir daño alguno. Si se produce algún daño, sería lícito hacer la guerra. De este título también deriva la legitimidad del comercio, el uso de las cosas comunes y la migración. Todos esos institutos pertenecerían al derecho de las gentes, y su violación constituiría motivo para una guerra justa. El segundo título se refiere a la propagación de la religión cristiana. Los amerindios no serían obligados a convertirse, sino que tendrían que soportar la evangelización. Este deber no forma parte del derecho de las gentes, sino que se deriva de la “verdadera fe cristiana”, y parece poco probable que Vitoria admitiera la reciprocidad: los españoles obligados a soportar los predicadores de religiones paganas. Los títulos

tercero y cuarto también corresponden a cuestiones de fe. Si algunos bárbaros se convertían, sus príncipes no podían usar la fuerza para devolverlos a la idolatría, so pena de una guerra justa. Y, después de esta conversión al cristianismo, el Papa podría, con justa causa, otorgar un príncipe cristiano a los amerindios. El quinto título corresponde a lo que Vitoria llama la tiranía de los soberanos bárbaros que promulgan leyes inhumanas con el sacrificio de inocentes. Esto es lo que se puede describir como el principio de una intervención humanitaria. En el sexto, Vitoria retoma la idea de la posibilidad de sumisión voluntaria de los amerindios al Rey de España, pero enfatiza que el consentimiento tiene que ser válido en verdad. El título séptimo se refiere a las alianzas que podían hacer unas tribus con los españoles contra otras tribus. En ese caso, se permitiría proporcionar ayuda a los aliados. Finalmente, si hubiera realmente comunidades nativas incapaces de autogobierno, entonces, por caridad, los españoles podrían dirigirlos. Pero no deberían hacerlo para su propio beneficio, sino para de los amerindios.

Cabe señalar que la literatura revisionista ignoró el hecho de que Vitoria pronunció este último título *ad*

argumentandum, ya que había descartado esta posibilidad en el primer apartado y reitera que no cree en su existencia²⁶. A diferencia de Sepúlveda y Las Casas, Vitoria era profesor universitario y lanzaba argumentos hipotéticos, aunque poco realistas, para una mejor comprensión del tema.

Así, según el revisionismo, el dominico devuelve en nuevos terrenos todo lo que ya había refutado. El hecho de que los amerindios posean dominio no excluye la posibilidad de intervención. El Papa no puede ejercer jurisdicción sobre ellos, pero tiene poder indirecto para hacerlo. Los españoles, pues, pudieron asentarse allí, debido a una sociedad natural de comunicación. La conversión forzada está prohibida, pero los amerindios deben soportar la evangelización. Las prácticas bárbaras, como la sodomía y el canibalismo, no justifican una intervención, pero se puede intervenir en defensa de los inocentes. Todas esas posiciones no encajan muy bien con la imagen de un defensor de los derechos indígenas.

En la literatura revisionista, Vitoria era, con absoluta certeza, un hombre de convicciones. No aceptó las tesis oficiales del *Requerimiento de Burgos* para la Conquista de los Amerindios,

ni la idea de que el Papa pudiera ejercer autoridad sobre el mundo entero, incluso el mundo no cristiano. Sin embargo, también fue un patriota y un defensor de la fe cristiana, aunque su doctrina lo alejaba de los argumentos comunes de su tiempo. El patriotismo del autor fue ciertamente diferente al ardor de los conquistadores: Vitoria no quería tierras, quería almas. Para Luciano Pereña, todo el derecho de la guerra de la Segunda Escolástica es un verdadero “derecho de intervención”²⁷. Vitoria buscó la unidad espiritual del mundo a través de la religión cristiana. Y el único país europeo suficientemente grande, militarmente poderoso y suficientemente católico, que podía llevar a cabo este objetivo, era España²⁸. O eso se pensaba.

Las tesis en disputa en la Querrela de la Conquista

Mientras tanto, la historia es hecha por los historiadores, pero también, casi siempre, de los historiadores ya que ellos no son neutrales. Y, quizás, la literatura revisionista estaba demasiado ansiosa por no conceder protagonismo a un europeo que llamaba expresamente de “bárbaros” a la población nativa de América. Si nos damos cuenta contra qué ideas y

doctrinas se estableció la Querrela de la Conquista, podremos comprenderla mejor.

En primer lugar, se intentó reducir los casos de esclavitud legal. Todavía no se puede hablar de abolicionismo, ya que es un movimiento que se inicia sólo dos siglos después, pero la escolástica ibérica sí desea restringir ese instituto. Lo cierto es que Montesinos no buscaba criticar el maltrato de los pocos amerindios que estaban formalmente esclavizados bajo la ley española, sino el maltrato de esa inmensa mayoría de indígenas supuestamente libres que vivían en las encomiendas. El propio Cristóbal Colón introdujo ese instituto en 1499, que él servía para proporcionar a los amerindios la “protección” de los españoles, así como instrucción religiosa y una pequeña remuneración. A cambio, los amerindios trabajarían en las minas y en las granjas. Se creía que solo se convertirían en verdaderos cristianos a través del contacto diario con los españoles. Para tanto, era necesario reunirlos, como ganado, cerca de los asentamientos de los colonos, pero lejos de sus antiguos hogares, que iban a ser destruidos. Esa última medida se tomó como precaución, para evitar que huyeran a la selva, ya que, para los españoles, los amerindios eran

inconstantes en su fe y podrían querer volver a sus viejos hábitos “libertinos”. No eran esclavos bajo la ley, pero lo eran de hecho.

El mundo antiguo dependía de la esclavitud. Sin el trabajo de los esclavos, no habría la polis griega o la cives romana. Se conocían dos formas distintas de servidumbre: la legal y la natural. La primera era simplemente una institución social, considerada normal e incluso necesaria en la vida cotidiana. El esclavo legal de la Antigüedad era indistinguible de los demás hombres, salvo por alguna desgracia que le hizo perder sus libertades civiles. Y hasta el siglo XVI, en todos los lugares de tradición romano-germánica, el problema jurídico de la esclavitud se reducía a las disposiciones del *Corpus Iuris Civilis*, y la legislación de estos países estaba, por lo tanto, influida por él.

En el *Digesto*, Florentino establece que la esclavitud se basa en el *ius gentium*²⁹ (con toda la vaguedad que esa expresión contenía para los romanos). Sin embargo, Marciano a veces la basaba en el *ius gentium*, a veces en el *ius civili*, ya que alguien podía convertirse en esclavo si era capturado en una guerra (justa) o si, con más de 21 años, enajenaba su propia libertad

a otra persona³⁰. Más adelante en el *Codex Iustinianus* esa extraña forma de esclavitud voluntaria recibió una ampliación. El patrio poder abarcaría incluso la posibilidad de vender a los hijos recién nacidos: “Si alguien vende a un hijo o una hija recién nacidos por exceso de pobreza, en ese caso, sólo cuando la venta sea fuerte el comprador tendrá la oportunidad de quedarse con el negocio”³¹.

En Derecho Romano, por lo tanto, la persona capaz podía disponer de su propia cabeza (*capitis*), y el padre podía disponer de la libertad de los hijos, pero esa facultad sufría algunas restricciones: se limitaba a los hijos recién nacidos (*sanguinolentos*), en situaciones de penuria extrema (*nimiam*), y la venta debe ser fuerte (*valente*) – aquí, se entiende que el comprador no puede aprovecharse de la necesidad del vendedor y debe pagar un precio justo, además de comprender también la posibilidad de retroventa (el padre vuelve a comprar al niño). Además de esas, existía una última hipótesis: los nacidos de madre esclava, ya que se seguía la regla del *partus sequitur ventrem*, el hijo heredaba la condición de la madre³². Pero podrían salir de esa condición en los mismos casos que la esclavitud voluntaria regular, mediante compra

de la libertad o por manumisión. En la Antigüedad, pues, la libertad era el estado natural, pero podía ser revocada por el derecho de las gentes, en el caso de un prisionero de guerra, y por el *ius civilis*, en el caso de la esclavitud voluntaria.

De hecho, el instituto de la esclavitud legal ya no se aplicaba entre los cristianos desde el siglo XV, pero seguía siendo bastante común en la relación de los cristianos con otros pueblos. La condición de extranjero y la infidelidad hacían de la esclavitud de los prisioneros en una guerra justa un mal menor que la simple ejecución.

Finalmente, hay que presentar la más controvertida de todas las formas de esclavitud. Aristóteles desarrolla la doctrina de la esclavitud natural en el Libro I de la *Política* en el que afirma que algunos hombres tienen una discapacidad cognitiva y participan de la razón sólo hasta el punto de entender que deben someterse³³. Además, Aristóteles identifica al esclavo natural con el bárbaro³⁴. Esa identificación resonaría mucho durante la Querrela de la Conquista, y los amerindios serían llamados sugestivamente “*barbari novi orbis*”.

Si los amerindios fueran esclavos por naturaleza, entonces los españoles tendrían todo el derecho de tomar sus tierras y reducirlos a la esclavitud. Incluso hoy, esa doctrina aristotélica es objeto de controversia entre sus comentaristas. Sin embargo, lo que sea que el propio Filósofo entendiera por esclavitud natural importa menos que cómo se recibió esa idea en el siglo XVI. Los apologistas de la corona se dieron cuenta de que podían eludir los argumentos de los escolásticos a favor de la libertad de los amerindios a través de un breve pasaje de los *Comentarios sobre las Sentencias de Pedro Lombardo* del teólogo escocés John Mair, profesor de la Universidad de París:

“Esta gente [los antillanos] a ambos lados del Ecuador vive como animales; y debajo de los polos hay hombres salvajes como dice Ptolomeo en su [libro] *Tetrabiblos*. Y esto ahora ha sido probado por la experiencia, de modo que el primero que los venza puede gobernarlos legítimamente porque son esclavos por naturaleza. Como dice el Filósofo en los capítulos tercero y cuarto del libro primero de la *Política*, es claro que unos hombres son esclavos y otros libres por naturaleza. En algunos hombres se determina que existe

tal cosa y que deben beneficiarse de ello. Y es justo que un hombre sea esclavo y otro libre, y es justo que un hombre gobierne y otro obedezca, porque la cualidad de liderazgo también es inherente al amo. Por eso dice el Filósofo en el primer capítulo de dicho libro, que por eso los griegos han de ser señores de los bárbaros, porque por naturaleza bárbaros y esclavos son lo mismo”³⁵.

Mair consideró que la tesis aristotélica no era un intento de explicar una condición social existente en la Atenas del siglo IV a. C., sino una clasificación, a la que se llegó por deducción, de un determinado pueblo cuya existencia acababa de ser demostrada (*etiam hoc experientia compertum est*).

La primera vez que se utilizó en España la doctrina aristotélica fuera del ámbito académico fue en 1512. Ese año, ante los acontecimientos desencadenados por Montesinos, el Rey Fernando convocó a una nueva junta que se reuniría en Burgos para decidir sobre la legitimidad de la Conquista y del trabajo nativo. Desafortunadamente, pocos documentos de esa reunión han sobrevivido. Las Casas, sin embargo, menciona los argumentos de fray Bernardo de Mesa (quien luego

sería obispo de Cuba) y del “licenciado” Gil Gregorio. Ambos aceptaron el estatus bárbaro de los amerindios y, por lo tanto, los identificaron con los esclavos naturales de Aristóteles³⁶.

La Junta de 1512 dio como resultado la creación de las llamadas “Leyes de Burgos”, originalmente conocidas como “Ordenanzas Reales para el buen regimiento y tratamiento de los Indios”, un conjunto de diversas legislaciones, como leyes, papeletas, ordenanzas y reglamentos, promulgadas el 17 de diciembre del mismo año. Regulaban varias materias, desde el trato que debía darse a los amerindios en las encomiendas, hasta los horarios de trabajo y la administración de los sacramentos, con especial énfasis en la monogamia en los matrimonios y la asignación de lugares apropiados para el entierro. Entre esos documentos se encontraba el famoso *Requerimiento de Burgos*, escrito por el civilista Juan López de Palacios Rubios. La Junta confirmó la validez de la Bula *Inter Caetera*, o sea, que hubo una verdadera donación de tierras “descubiertas y no descubiertas”³⁷ en América, pero también reconoció la necesidad de brindar un trato más humano a los pueblos indígenas. La Corona encargó a Palacios Rubios la redacción de un documento que explicase el

contenido de la bula a los naturales. El *Requerimiento* debía leerse, solemnemente, en castellano ante los pueblos originarios cada vez que los conquistadores se topaban con un nuevo grupo³⁸.

Tras anunciar que proviene del Rey Fernando, el proclamador revela – siempre con la benévola intención de enseñar a los oyentes que no dominan su lengua – que hay un Dios, y Él habría confiado a un hombre y a sus sucesores el gobierno del mundo entero, y uno de ellos habría donado las tierras que habitaban a ese rey del que ahora están escuchando:

“De todas estas gentes nuestro Señor dio cargo a uno que fue llamado San Pedro, para que de todos los hombres del mundo fuese señor y superior, a quien todos obedeciesen y fuese cabeza de todo lo humano, donde quiera que los hombres estuviesen y viviesen en cualquier ley, secta o creencia, pidiéndole a todo el mundo por su reino, señorío y jurisdicción, y como quiera que le mando propusiese su silla en Roma como el lugar más aparejado para regir el mundo, también le permitió que pudiese estar y poner su silla en cualquier otra parte del mundo, y juzgar, y gobernar

a toda la gente (...). Uno de los pontífices pasados que en lugar de este mundo, hizo donación de estas Islas y tierras firmes del Mar Océano, a los ricos Rey y Reinas y a los sucesores en estos reinos, con todo lo que en ellas hay según se contienen en ciertas escrituras que sobre ellos basaron, así que sus Altezas son Reyes y Sres. de estas Islas y tierras firmes, por virtud de dicha donación y como a tales Reyes y Sres. algunas Islas más y casi todas a quienes esto ha sido modificado has recibido a sus altezas y les han obedecido y servido y sirven como súbditos lo deben hacer, con buena voluntad y sin ninguna resistencia (...)”³⁹.

El *Requerimiento* se basa en una concepción de imperialismo pontificio que surgió en el cristianismo occidental a partir de la tesis de la separación entre los poderes temporales y espirituales. En el año 494, el papa Gelasio I elaboró la noción de autonomía entre el *sacerdotium* y el *imperium*, en una carta al emperador bizantino Anastasio llamada *Famuli vestrae pietatis*, más conocida como *Duo sunt*, en el momento de mayor tensión entre el imperio y el papado (el cisma acaciano). Las siguientes palabras quedarían consagradas en el

pensamiento político medieval:

“...Augusto Emperador, existen principalmente dos poderes a través de los cuales se gobierna el mundo: la autoridad sagrada de los pontífices y el poder temporal. De esos dos, el peso de los sacerdotes es más grave, ya que tendrán que dar cuenta en el momento del juicio divino, incluso por los propios reyes de la humanidad”⁴⁰.

Esa frase creó un modelo de separación sin jerarquía entre las autoridades, aun cuando la eclesiástica se consideraba más relevante que la otra, en virtud de la materia tratada. A ese paradigma, sin embargo, se le añadirían ideas más a través del tiempo. Mientras el Oriente ortodoxo se acercaba cada vez más a las tesis de protagonismo del poder imperial, el Occidente, con Gregorio Magno e Isidoro de Sevilla, desarrollaba la autonomía entre los dos poderes pensada por el Papa Gelasio I y miraba el poder político-temporal como un servicio, un ministerio legado por Dios al gobernante para la salvación, y los príncipes y reyes, no el emperador, serían los depositarios de ese servicio. En los reinos visigodo y franco, la simbiosis entre la Iglesia y el poder real-temporal se vuelve tan fuerte que la fórmula gelasiana cambia, y, en lugar de que los dos poderes

gobiernen el mundo, ahora gobiernan por separado la *ecclesia*. La Iglesia sustituye al mundo y pasa a designar al conjunto de la sociedad. Surge así la noción de *Respublica Christiana*: la cristiandad occidental dividida en varios reinos, pero unida por la misma fe y fines espirituales. La coronación de Carlomagno en Roma por el Papa León III en la Navidad del año 800 simboliza perfectamente ese nuevo entendimiento entre las dos potencias. Por un lado, afirma la superioridad del Sumo Pontífice, titular del poder espiritual; por el otro, valora a un rey, no al emperador, que recibe la concesión del poder temporal para ejercer un verdadero ministerio⁴¹.

No cabe duda de que, en los siglos siguientes, la convivencia entre el poder real y el papal no fue tan pacífica y, en la mayoría de los casos, el poder temporal subyugó al espiritual. El precedente doctrinario, sin embargo, fue establecido. Mientras que en el Oriente Constantino había establecido las bases del cesaropapismo, o sea la intervención del emperador en los asuntos eclesiásticos, en el Occidente otro Gregorio, el Papa Gregorio VII, instituiría exactamente lo contrario, la influencia progresiva del Papa en los asuntos temporales. En el *Dictatus Papae* de 1075, él reclama el poder

de la jurisdicción papal, basado en las prerrogativas dadas por Cristo a Pedro – “jure dicto” (decir el derecho) era hasta entonces una prerrogativa del *imperium*, no del *sacerdotium*. En el siglo siguiente, Inocencio III y los decretalistas llevaron esa noción más allá y definieron el poder del Papa como *plenitudo potestas* (poder absoluto). El Papa, como “cabeza de la Iglesia”, se convierte en el único legislador humano en materia de fe y el único con autoridad para convocar concilios. Así, incluso los reyes estarían sujetos a él en asuntos espirituales. La expresión final de ese movimiento teocrático se daría en 1302 con la Bula *Unam Sanctam* de Bonifacio VIII que identificaba el papado con la Iglesia⁴².

Si el mundo se hubiera convertido en la Iglesia, y la Iglesia en el Papado, no puede haber otra conclusión posible: el Papa se había convertido en el soberano temporal y espiritual del mundo, al menos, según él propio, porque los reyes franceses ni siempre estaban de acuerdo. En todo caso, el mencionado Papa enunció la “tesis de los dos gladios”, los cuales, aunque autónomos, uno se subordinada al otro inequívocamente:

“...Las palabras del Evangelio nos enseñan que en la Iglesia y en

su poder hay dos espadas: la espiritual y la temporal. Así, cuando los Apóstoles dijeron ‘aquí hay dos espadas’ [Lc 22, 38], se referían a la Iglesia, ya que los Apóstoles hablaron y el Señor no respondió que eran demasiadas, sino que eran suficientes. Y quien niegue que la espada temporal está comprendida en el poder de Pedro, ha entendido mal la palabra del Señor, cuando dijo: ‘Mete tu espada en la vaina’ [Mt 26, 52]. Por lo tanto, ambos están comprendidos en el poder de la Iglesia, el espiritual y el temporal. Pero eso habrá que usarlo a favor de la Iglesia; y aquello por la propia Iglesia. Uno por la mano del sacerdote, el otro por la mano de reyes y soldados, aunque por indicación y consentimiento del sacerdote. Pero es necesario que una espada esté debajo de la otra, y que la autoridad temporal esté sujeta a la espiritual”⁴³.

La opinión de que el Papa constituía el *dominus orbis* temporal y espiritual recibió un apoyo considerable. A principios del siglo XVI, la culminación de la concepción teocrática se produciría con la obra de Egidio Romano, titulada *De ecclesiastica sive de summi pontificis potestate*. Afirmó

que el poder espiritual habría instituido el temporal, por lo que sólo tendrían legitimidad los reinos que reconocieran al Papa. El bautismo garantizaría un verdadero dominio a los seres humanos; por lo tanto, los infieles no podían ser propietarios ni soberanos. Poco después, con gran repercusión en Portugal, en el libro *De statu et planctu ecclesia*, Álvaro Pais pasa por alto todas las sutilezas de la fórmula gelasiana y afirma que el Papa tendría jurisdicción universal en todo el mundo, tanto en lo espiritual como en lo temporal. La delegación de poderes hecha por Cristo a Pedro sería plena y abarcaría ambos poderes. Así, el emperador y los demás reyes recibirían su poder por subdelegación del romano pontífice⁴⁴.

Además de expresar el imperialismo pontificio, el *Requerimiento* sirve como una declaración de guerra, requisito indispensable a la justicia de una guerra. Después de comunicar la buena noticia sobre la pérdida de lo dominio a los amerindios, el proclamador les pide que acepten voluntariamente la autoridad de la Iglesia, del Papa y de su nuevo Rey. Sin embargo, “...si así no lo hicieseis o en ello maliciosamente pusieseis dilación, os certifico que con la ayuda de Dios nosotros entraremos

poderosamente contra vosotros, y os haremos guerra por todas las partes y maneras que pudiéramos, y os sujetaremos al yugo y obediencia de la Iglesia y de Sus Majestades, y tomaremos vuestras personas y de vuestras mujeres e hijos y los haremos esclavos, y como tales los venderemos y dispondremos de ellos como Sus Majestades mandaren, y os tomaremos vuestros bienes, y os haremos todos los males y daños que pudiéramos, como a vasallos que no obedecen ni quieren recibir a su señor y le resisten y contradicen; y protestamos que las muertes y daños que de ello se siguiesen sea a vuestra culpa y no de Sus Majestades, ni nuestra, ni de estos caballeros que con nosotros vienen”⁴⁵.

De hecho, el *Requerimiento* fue leído varias veces, pero era evidente que no podía agradar a los españoles más sensibles. Los propios resultados de la Junta no satisficieron a la corona. Entonces, aún en el año de 1512, el Rey Fernando convocó a Juan López de Palacios Rubios para presentar un dictamen más amplio. Palacios Rubios escribe el tratado *Libellus de insulis oceanis quas vulgus indias appellat*. En resumen, en él el autor refuerza la

idea de que la bula papal fue una verdadera donación y afirma que ambas formas de esclavitud (legal y natural) pueden aplicarse a los amerindios. El autor retoma la doctrina aristotélica de la esclavitud natural y cita expresamente a John Mair:

“(...) algunos de ellos son tan ineptos e incapaces, que no saben en absoluto gobernarse, por lo cual, en sentido lato, pueden ser llamados esclavos, como nacidos para servir y no para mandar, según lo trae el Filósofo, en el lib. I de su Política y deben, como ignorantes que son, servir a los que saben, como los súbditos a sus señores. (...) esta servidumbre, tomada en sentido amplio, fue introducida por obra del derecho de gentes (...). Según esto, y habida cuenta de la utilidad, puede decirse que esa esclavitud fue introducida por el derecho natural, como dice (...) y a Juan Mayor (...)”⁴⁶.

Vale la pena resaltar la atención del autor en buscar una base legal para la propia esclavitud natural: el derecho de gentes. Palacios Rubios une la esclavitud natural con la esclavitud legal. Además, reafirma el imperialismo pontificio y defiende la idea de que la donación de la bula papal se basa en un decreto de ley divina positiva:

la concesión legislativa de Cristo a Pedro, el primer Papa. La jurisdicción del Rey de España, por lo tanto, parece inequívoca.

“Pues en virtud de lo que damos por sentado y afirmamos como seguro, el supremo dominio, potestad y jurisdicción sobre dichas islas pertenece a la Iglesia, a quien el mundo entero y todos los hombres, incluso los infieles, tienen que reconocer como dueña y superior, y si requeridos para ello, con arreglo a normas de derecho, no lo hicieren, podrá la Iglesia, ya por sí misma, ya valiéndose del esfuerzo de los Príncipes cristianos, someterlos y expulsarlos de sus propias tierras, según arriba hemos dicho. La Iglesia tenía la facultad, de consiguiente, para hacer donación de las precitadas islas a Vuestra Majestad (...). Ahora bien; el Papa Alejandro VI concedió y donó esas islas con todos sus dominios, ciudades, castillos, lugares, villas, derechos, jurisdicciones y pertenencias a vosotros ya vuestros herederos y sucesores, los Reyes de Castilla y León, a perpetuidad, de manera que ningún otro se atreviera a abordar a ellas (...) sin especial licencia vuestra o de vuestros herederos

y sucesores, como en el privilegio de la donación más largamente se contiene”⁴⁷.

Las doctrinas de la esclavitud natural y del imperialismo pontificio fueron bastante vulgarizadas y fueron invocadas varias veces. Sin embargo, su defensor más conocido fue Juan Ginés de Sepúlveda. El 16 de abril de 1550, el emperador Carlos V suspendió todas las conquistas en el Nuevo Mundo y convocó una nueva junta de teólogos y expertos para discutir el tema. Nombró directamente Sepúlveda y su enemigo público, Bartolomé de las Casas. Así, ocurrió la *Controversia de Valladolid*.

El libro *Democrates Secundus* es un diálogo sobre la legalidad de la guerra española contra los amerindios y aduce la doctrina de la esclavitud natural como uno de los motivos⁴⁸. Dado que esa forma “filosófica” de esclavitud no está incluida en el *Corpus Iuris Civilis*, Sepúlveda busca otra base jurídica para ella. Recuerda que existen varios tipos de dominio (del padre sobre sus hijos, del marido sobre su esposa, del rey sobre sus súbditos, etc.), pero todos se basan en la *recta ratio* ya que se derivan del mismo principio: lo perfecto debe dominar a lo imperfecto, lo excelente

a su opuesto. Ese principio existe en las cosas inanimadas, en los animales y en el alma humana: la parte racional prevalece sobre la sensitiva. Y esto también se aplica a las relaciones entre hombres sanos de cuerpo y espíritu y aquellos depravados y lentos. Así como los hombres dominan a las bestias, y ese dominio es natural, hay amos y sirvientes por naturaleza, y estos deben someterse a aquellos bajo pena de una guerra justa⁴⁹. Advierte que los amerindios, antes de la llegada de los europeos, no vivían en un estado idílico, y ellos mismos, además de entregarse a hábitos depravados como la antropofagia y los sacrificios humanos, hacían guerras entre ellos, por las razones más tolas⁵⁰.

Más adelante, Sepúlveda vuelve a aludir a la Bula *Inter Caetera* como auténtica donación. Explica que el derecho de gentes confiere la prerrogativa de ocupar tanto una tierra sin dueño como un territorio cuyos “habitantes carecen del trato de las jurisdicciones cristianas e incluso humanas”⁵¹. La incivilidad y la infidelidad de los “*barbari novi orbis*” son razón de la pérdida del dominio. Una vez más, las tesis de la esclavitud natural y el imperialismo pontificio se unen para justificar la Conquista.

De esa manera, Sepúlveda defendió los títulos del *Requerimiento* con más propiedad que el propio Palacios Rubios. E inserta el derecho de gentes en el centro de esa discusión porque es este derecho el que permite la reducción de los amerindios a la condición de esclavos mediante el instituto de captivitate y la toma de sus tierras mediante la *ocupatio* de *res nullius*⁵². Explica que el *ius gentium* puede efectuar esas derogaciones de la ley natural, como en el caso del estado de libertad natural de todos los hombres, para evitar un mal mayor (salvar la vida de los derrotados en una guerra y esclavizarlos, en lugar de ejecutarlos). Esto confiere al derecho de las gentes una fuerza mucho mayor que la del *ius civilis*, el derecho de la ciudad o el derecho interno, que no puede revocar los preceptos naturales⁵³. Evidentemente, se trataba de una controversia sobre el alma del derecho de gentes.

Francisco de Vitoria: la síntesis académica del rechazo de esas doctrinas por parte del escolasticismo salmantino

Matías de Paz, Pedro Bertanzos, Bartolomé de Carraza, Melquior Cano, Diego de Covarrubias, Domingo de

Soto, Domingo Bañez, Martín de Ledesma, Domingo de Cuevas y Bartolomé de las Casas, además de Francisco de Vitoria, fueran autores que estaban insertos en el universo cultural de la escolástica salmantina y tienen en común el hecho de que combatieran las tesis sobre la esclavitud natural y el imperialismo pontificio durante la Querrela de la Conquista. Los aliados y enemigos proporcionan un buen contexto para interpretar un pensamiento⁵⁴. Vitoria fue la síntesis de ese movimiento.

Al final, la literatura revisionista achicó las diferencias entre un Vitoria y un Sepúlveda o un Palacios Rubios. Eso, sin embargo, es absurdo. El teólogo de Salamanca nunca aceptó sus fundamentos doctrinales. Como hemos visto, en la primera *Relectio des Indes*, el autor rechaza el imperialismo normal luego en el primer falso título y la versión pontificia en el segundo. Contra la tesis de la esclavitud natural, Vitoria parte de una observación: antes de la llegada de los españoles, los amerindios tenían “en público y en privado, el control pacífico de sus asuntos. Por lo tanto (salvo que exista otro obstáculo en contrario), deben ser considerados verdaderos dueños y, en estas circunstancias, no pueden ser despojados de sus bienes”⁵⁵.

Los partidarios de Sepúlveda y Palacios Rubios afirmaban que los indígenas habían perdido el control sobre sus bienes (públicos y privados) ya sea por falta de inteligencia (y la consiguiente servidumbre natural), o por su infidelidad, o ambos. Vitoria tuvo que reducir la fuerza del papel de la infidelidad a la soberanía. En principio, desde Tomás de Aquino, los pueblos no cristianos se han dividido en dos grandes grupos, según el origen del paganismo. Hubo quienes, por “ignorancia invencible”, nunca entraron en contacto con el mensaje cristiano y, por lo tanto, no se les podía atribuir ninguna culpa por esa infidelidad.⁵⁶ Del otro lado, por exclusión, estaban los judíos y musulmanes que conocían la existencia de la “verdadera fe” pero se negaban a aceptarla.

En el siglo XVI se popularizó entre los escolásticos⁵⁷, otra clasificación formulada por Tomás de Vio, el Cardenal Caetano, que ordenaba por subordinación a la jurisdicción de la Iglesia. En la primera categoría estaban los infieles que vivían bajo la autoridad de facto y de iure de un príncipe cristiano; judíos, musulmanes y herejes en general que estaban bajo el dominio de la Iglesia. El segundo grupo estaba formado por aquellos infieles que habitaban tierras que alguna

vez pertenecieron a los cristianos (por ejemplo, las tierras de todo el Imperio Romano) pero que fueron tomadas por la fuerza. Y así, había motivo para declararles una guerra justa, ya que estaban bajo la jurisdicción cristiana de *iure*, aunque no *de facto*. La tercera clase se refiere a personas que nunca escucharon el evangelio y vivieron en lugares que nunca pertenecieron a Estados cristianos o al Imperio Romano; por lo tanto, no había en qué basarse para establecer jurisdicción sobre ellos. Ese último grupo se hacía eco de la categoría tomista de infieles por ignorancia invencible y podría aplicarse precisamente al caso de los amerindios. Según el propio Tomás de Vio:

“Aunque sean infieles, los gobernantes de esos pueblos son legítimos, ya sea que estén gobernados por un régimen monárquico o por un gobierno político [cualquier]. No deben ser despojados de su dominio por su infidelidad, ya que el dominio es de ley positiva, y la incredulidad es de derecho divino, que no abroga la ley positiva, como ya se dijo en q. 10 a. 10”⁵⁸.

Vitoria acepta esa clasificación y, como vimos, es bastante explícito en no sacar consecuencias jurídicas de la infidelidad del amerindio.

Además, destaca que los animales irracionales, al no tener autocontrol, no poseen dominio; sin embargo, los niños, incluso antes de la edad de la razón, y los locos pueden tener dominio. Los primeros pueden heredar y los segundos pueden sufrir daños y, por lo tanto, tienen derechos⁵⁹. Ya podemos prever la conclusión de Vitoria: la disminución de la racionalidad no implica la pérdida de dominio. El teólogo dominicano no viajó al Nuevo Mundo, y todo el conocimiento que tenía de los amerindios procedía de los rumores en la orden y de las consultas sobre cuestiones morales que le sometían muchos conquistadores⁶⁰. Obviamente, no imaginaba que el amerindios pudieran ser iguales intelectualmente a los españoles. Pero, en su opinión, eran superiores a los niños y a los dementes porque

“(...) no son dementes, sino que a su modo ejercen el uso de la razón. Ello es manifiesto, porque tienen establecidas sus cosas con cierto orden. Tienen, en efecto, ciudades, que requieren orden, y tienen instituidos matrimonios, magistrados, señores, leyes artesanos, mercados, todo lo cual requiere el uso de la razón. Además, tienen también una especie de religión (...)”⁶¹.

Si los amerindios parecen irracionales es por su “educación bárbara, pues tampoco entre nosotros escasean rústicos poco desemejantes de los animales”⁶².

Las dos *Relectii des Indis* pueden leerse como un cuadro de restricciones de causas para una guerra justa. El único caso real en que Vitoria admite que hay causa justa para la guerra es el de impedir la predicación cristiana. Los demás casos que parece autorizar son, en realidad, situaciones hipotéticas, que no parecían posibles para la política exterior española. A diferencia de Sepúlveda y Las Casas, que lucharon por causas, Vitoria, como profesor universitario de Teología Moral, explicaba el *Tratado sobre la guerra* de Tomás de Aquino y lo ilustraba con una discusión sobre la guerra más candente de su tiempo. Buscaba dilucidar dudas doctrinales y distinciones abstractas. Es en ese sentido que debe leerse el último título legítimo (la supuesta incapacidad de autogobierno de los amerindios), ya que el propio autor expresó incredulidad sobre su existencia. Se trata, una vez más, de argumento hipotético.

Pero ¿qué pasa con la afirmación de Vitoria de no haberse distanciado del concepto romano de *ius gentium* al

seguir basándolo en el derecho natural? Aquí, también, las conclusiones de la literatura revisionista parecen haber sido un poco precipitadas. El famoso pasaje en el que la sociedad internacional forma una comunidad similar a un Estado (“Y todo el mundo, que es en cierto sentido una república, tiene el poder de prescribir leyes justas para todos sus súbditos, como son el derecho de las gentes”⁶³) expresa un problema que pasaría desapercibido para un lector contemporáneo. Fiel a la noción aristotélica de la sociabilidad natural, Vitoria quiso expresar la idea de que hay una comunidad que trasciende la de una república, la mayor sociedad de todos los seres humanos. Y por eso, compara la función que desempeñan las leyes dentro de una república (*lex civilis*) con la del *ius gentium* en relación con el *totus orbis*. Y así, un tipo de *ius* se pone en pie de igualdad con una *lex*.

Eso fue un gran problema. Los diferentes tipos de derecho o *ius* en la escolástica (antigua o nueva) derivan de su respectiva *lex*. Así, el *ius naturae* corresponde al justo resultado, en una situación dada, de las obligaciones de la *lex naturae*, y el *ius civilis* a la *lex civilis*. Sin embargo, no existe una “*lex gentium*”. El derecho de las gentes siempre ha sido un derecho

extralegal. No había, y todavía no existe, una ley internacional. Cabe señalar que el *ius* puede emanar de la *lex*, pero también puede provenir de otros institutos, como la costumbre, un contrato, una sentencia, etc., que se consideraban fuentes de derecho más “débiles”. El problema que creó Vitoria se refiere a cómo un derecho extralegal puede estar al mismo nivel que una ley.

En Vitoria el derecho positivo se origina de dos maneras: por la *privata conducta*, que ocurre en los contratos entre particulares, y por la *publica conducta*, que corresponden a las convenciones adoptadas por el conjunto de una comunidad, que se denominan “ley”. La diferencia entre esas dos modalidades, obviamente, se reduce a la publicidad de la llamada convención humana: las leyes son públicas y los contratos son privados. La publicidad es un elemento importante de la ley en toda la escolástica salmantina e integra su propia definición, ya que, para existir, no basta que la ley sea un proyecto ordenador de la razón, como quería Tomás de Aquino, sino que requiere una promulgación por la voluntad eficiente de una autoridad. No hay duda de que el derecho de las gentes no pasa por ese proceso de promulgación, pero si es equivalente

a la ley, su publicidad debe venir de alguna otra manera. Vitoria luego revela que el *ius gentium* fue creado a partir de un consenso común de todos los pueblos y naciones (*ex communi consensu omnium gentium et nationum*)⁶⁴. Cuando hay un acuerdo entre todos los pueblos y naciones del mundo entero, la publicidad es como un elemento implícito. El aspecto público proviene de la universalidad de la convención. Por lo tanto, el significado de la frase “*aliquo modo est una respublica*” es equiparar el *ius gentium* a una ley: la universalidad de la convención le daría un carácter público.

En la época de Vitoria, las naciones ya estaban celebrando tratados internacionales, pero la idea de un pacto universal que abarque todos los institutos de derecho de las gentes parece algo fantástica. Por esa razón, algunos comentaristas describen ese pacto como un “pacto virtual o tácito”,⁶⁵ o incluso como un “pacto racional”.⁶⁶

Aunque, en las dos *Relectii des Indis*, Vitoria no parece problematizar el fundamento del derecho de las gentes, y a veces lo califica de “natural”, a veces de “positivo”, en los *Comentarios a la Secunda Secundae*, cuando decide investigar debidamente las relaciones

entre el derecho de las gentes y el derecho natural, se aparta de Tomás de Aquino e inserta el *ius gentium* en el derecho positivo. Al explicar el artículo 3 de la pregunta 57, Vitoria afirma que el derecho de las gentes no satisface la condición del artículo anterior, o sea, que el derecho natural trata de lo que es igual según la naturaleza de la cosa. De esa forma, sólo puede ser un derecho positivo y resulta “de un estatuto humano racionalmente fijado” y que se establece “por acuerdo sancionado de los hombres”.⁶⁷

El hecho de que ese *ius* sea un estatuto racional (y no sólo volitivo) lo distingue del *ius civilis* y lo acerca al *ius naturae*; sin embargo, como resulta de un estatuto – la *condictio sancitum* –, ese derecho se encuentra irremediabilmente en el derecho positivo. El autor ejemplifica con el oficio de diplomático – institución típica del derecho de las gentes desde la enumeración de Isidoro de Sevilla. Es una institución humana, por lo tanto, positiva, pero indispensable para producir la paz y la armonía entre los Estados, y cumple así un imperativo de derecho natural. Así, aunque de derecho positivo, el *ius gentium* desarrolla preceptos de derecho natural. Esa base híbrida puede explicar la ambivalencia de Vitoria sobre ese tema.

Eso puede parecer confuso para un jurista contemporáneo, pero fue muy sugerente para un jurista o teólogo del siglo XVI. En esa época, la gran diferencia entre el derecho natural y el derecho positivo era la conexión con la moral. El campo de la ley natural eran las acciones moralmente relevantes. En cambio, cuando el derecho positivo no detallaba algún mandamiento natural, su dominio era el de las acciones moralmente indiferentes. Vitoria descubrió que entre lo moralmente indiferente y lo necesario podía haber una tercera categoría de conducta, sea la utilidad o la honestidad. Y ese sería el dominio del derecho de las gentes: entre el derecho natural y el derecho positivo.

Conclusiones

La Conquista de América generó el mayor debate moral de la historia humana. Además de tierras exóticas, también se descubrieron pueblos con costumbres y religiones tan diferentes a las de los europeos. Para algunos, el Nuevo Mundo representaba una oportunidad de salvar almas inocentes y renovar la Iglesia en los confines del planeta. Para otros, constituyó una oportunidad de rápido enriquecimiento, si se utilizaba adecuadamente

a esas personas. La codicia y la fe que tanto impulsaron la Reconquista ahora han entrado en curso de colisión.

Puesto que el Nuevo Mundo ya estaba habitado, ¿con qué títulos podría conquistarlo España? No era una cuestión fácil para el Derecho de la época. La larga tradición del derecho medieval de la guerra no proporcionó una respuesta unívoca. Para empeorar la situación, también era necesario explicar si el Papa podía ejercer jurisdicción sobre todo el mundo y donar territorios donde el cristianismo nunca llegó. Además, esta cuestión – que era, en esencia, jurídica – rápidamente adquirió contornos antropológicos y teológicos con la resurrección de la tesis aristotélica de la esclavitud natural. Este trabajo presentó el debate de la Querrela de la Conquista y la centralidad que jugó el concepto de *ius gentium* en los argumentos. Todas las partes implicadas sacaron sus argumentos de ese derecho; por muy dispares que fueran. El derecho de gentes sirvió para fundamentar tanto la capacidad como la incapacidad natural de los amerindios para disponer de sus bienes. Sirvió para explicar la donación papal de la Bula *Inter Caetera* y también para mostrar que el Papa no ejerce autoridad fuera de los reinos cristianos.

No hay otra conclusión posible, salvo que se trata de un concepto ambiguo y abierto. En verdad, desde su creación en Roma, hubo cierta ambigüedad en el derecho de gentes: una práctica positiva y un fundamento natural. En algún momento entre los siglos XVI y XVII algo sucedió y él pasó a designar el derecho internacional contemporáneo. Durante mucho tiempo, ese “algo” habría sido el genio de Hugo Grocio; posteriormente se concluyó que habría sido la solución dada por Vitoria a los problemas planteados por la Querella de la Conquista. Sin embargo, una primera lectura mistificadora y francamente anacrónica de ese autor provocó, en un segundo momento, una reacción en sentido contrario: una literatura revisionista que exagera al buscar infamarlo.

Aun así, la concepción del derecho de gentes ideada por Francisco de Vitoria favoreció inequívocamente al partido amerindio, redujo los casos legales de esclavitud y resultó ser la antítesis de las actuales tesis imperialistas. No importa si el dominico fue o no el verdadero padre fundador del derecho internacional. Él y los debates que tuvieron lugar durante el siglo XVI socavaron las doctrinas contrarias a ese concepto y crearon las condiciones para su surgimiento. Por ello, la Querella de la Conquista constituyó un hito histórico y un marco teórico-constitucional para el origen del derecho internacional en América y en el mundo.

Bibliografía

Anghie, Antony. Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law. *Social & Legal Studies*, v. 5, n. 3, pp. 321-336, 1996.

Aquinatis, Thomae Sancti. *Secunda Secundae Summae Theologiae. Opera omnia. Cum commentariis Thomae de Vio Caietani Ordinis Praedicatorum.* (edição leonina). Romae: Typographia Polyglotta, 1897, t. IX. Disponible en Internet Archive, <<https://archive.org/details/operaomniaiussui09thom/page/ii/mode/2up?view=theater>>. Accesado en Julio de 2023.

Aquino, Tomas de. *Suma Teologica.* Texto latino de la edición crítica Leonina. Trad. Francisco Barbado Viejo, O.P. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947, 18 v.

Aristóteles. *A Política.* Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1985.

Barcia Trelles, Camilo. Francisco Suárez: les théologiens espagnols du XVIIe siècle et l'école moderne du Droit International. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de Le Hague*, n. 1, t. 43, pp. 386-503, 1933.

Barretto, Rafael Zelesco. *O conceito de *ius gentium* em Tomás de Aquino e Francisco de Vitoria.* Tese de doutoramento em Direito. Rio de Janeiro, UERJ, Faculdade de Direito, 2016.

Bonifacius Papae VIII. *Bula Unam Sanctam.* In: TELMA (Traitement électronique des manuscrits et des archives), 1302. Disponible en Aposcripta Database – Unified Corpus of Papal Letters, <<http://telma-chartes.irht.cnrs.fr/aposcripta/notice-acte/148678>>. Accesado en Mayo de 2023.

Borges de Macedo, Paulo Emílio. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? *Revista de Direito Internacional*, v.9, pp.1 - 13, 2012.

_____. *O nascimento do direito internacional.* São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

Cicerón. *De Officiis*. Paris: Garnier, s/d.

Calafate, Pedro. Introdução. In: Franco, José Eduardo; Calafate, Pedro (direção). *Obra Completa Padre António Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014, profética t. III, v. V.

Delos, J. T. *La Société Internationale et les Principes de Droit Public*. 2. ed. Paris: Pédone, 1950.

D'Oca, Fernando Rodrigues Montes. O direito positivo das gentes e a fundamentação não naturalista da escravidão em Francisco de Vitoria. *Mediaevalia*. Textos e estudos, n. 31, pp. 29-50, 2012. Disponible en <<https://ojs.letras.up.pt/index.php/mediaevalia/article/view/813>>. Accesado en Mayo de 2023. España. El Requerimiento, 1512. Redactado por Juan López de Palacios Rubios. Disponible en Biblioteca Digital Ciudad Seva, <<https://ciudadseva.com/biblioteca/>>. Accesado em Enero de 2022.

Gelasii Papae I. Epistola VIII. In: _____. *Epistolae et Decreta*. In: Migne, Jacques-Paul. *Patrologia Latina*, v. 059. Disponible en Internet Archive, <<https://archive.org/details/patrologiaecurs52unkngoog/page/n16/mode/2up>>. Accesado en Abril de 2023.

Grotius, Hugonis. *De Jure Praedae Commentarius*. La Haye: Hamaker, Nijhoff, 1868.

Haggenmacher, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. Genève, Paris: Heige, Presses Universitaires de France, 1983.

_____. L'idéologie de la conquête et la notion de droit international chez les grands auteurs espagnols. In: Dufour, Alfred et alii (coord.). *1492 Le choc de deux mondes*. Actes du Colloque. Commission Nationale Suisse pour l'UNESCO. Genève: La Différence, 1993.

Hinojosa, Eduardo. *Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles, anteriores a nuestro siglo*. Madrid: Reus, 1890.

Iustinianus Imperator. *Corpus Iuris Civilis*. ed. Krueger e Mommsen. Berlim: Weidmann, 1906, 3 v.

Jasmin, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 20, no. 57, fevereiro, 2005.

Koskenniemi, Martti. Empire and International Law: the real Spanish contribution. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, pp. 1-36, 2011.

Laghmani, Slim. *Histoire du droit des gens: du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*. Paris: Pedone, 2003, p. 11.

Las Casas, Bartolomé. *Historia de las Indias. Libro II*. Madrid: Imprenta de Miguel Genesta, 1875, t. III.

Maior, Iohannes. In *secundum Sententiarum*. Parisii: Venudatur apud eunde Badium, 1519. Disponível em Virtual Library, <<http://capricorn.bc.edu/siepm/books.html>>. Acessado em Agosto de 2022.

Nys, Ernest. *Le Droit de la Guerre et les précurseurs de Grotius*. Bruxelles et Leipzig: Murquardt, 1882.

Pagden, Anthony. *The fall of natural man: the American Indian and the origins of comparative ethnology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. Palacios Rubios, Juan Lopez. *De las Islas del mar Océano. Paz, Fray Matias de. De dominio de los Reyes de España sobre los indios. Trad. Agustín Millares Carlo*. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1954. Disponível em Internet Archive, <<https://archive.org/details/delasislasdelmar0000lope/page/n7/mode/2up>>. Acessado em Julho de 2023.

Pinto, Porfírio José dos Santos. *Choupanas e palácios: a arquitetura teológica viciriana*. Tese de doutoramento em Literatura e Cultura. Lisboa, Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, 2018.

Portugal. Cópia do traslado autêntico da Bula “*Inter Caetera* Divinae Majestati” do Papa Alexandre VI pela qual concedeu a D. Fernando de Castela, à Rainha D. Isabel e a todos os seus sucessores, todas as ilhas e terra firme descobertas e por descobrir, desde o Setentrião até ao Meio Dia, tirada por uma linha desde o polo norte ao polo sul, a cem léguas das ilhas dos Açores e de Cabo Verde para ocidente, 1493. Disponible en Arquivo Nacional Torre do Tombo, <<https://digitarq.arquivos.pt/details?id=4185853>>. Accesado en Agosto de 2022.

Rivier, Alphonse. Note sur la littérature du droit de gens avant la publication du Jus Belli ac Pacis de Grotius (1625). Bruxelles: Académie Royale de Belgique, 1883.

Sánchez Domingo, Rafael. Las Leyes de Burgos de 1512 y la Doctrina Jurídica de la Conquista. Revista Jurídica de Castilla y León, n. 28, pp. 1-55, 2012. Disponible en Dialnet, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4225030>>. Accesado en Julio de 2023.

Scott, J. B. Conferencias del Presidente del Instituto Americano de Derecho Internacional preparadas en homenaje a la Universidad Mayor de San Marcos. Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 1938.

_____. The Spanish Origin of International Law. Francisco de Vitoria and his law of nations. 2. ed. New Jersey: The Law Book Exchange, 2003.

Sepúlveda, Juan Ginés de. Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios. México: Fondo de Cultura Económico, 1987.

Suárez, Francisco. Guerra Intervención Paz Internacional. Tradução para o castelhano de Luciano Pereña. Madrid: Espasa-Calpe, 1956.

Truyol, Antonio. Noções Fundamentais de Direito Internacional Público. Trad. Ehrhardt Soares. Coimbra: Armênio Amado, 1952.

_____ et al. Actualité de la Pensée Juridique de Francisco de Vitoria. Bruxelles: Bruylant, Centre Charles De Visscher pour le droit international, 1988.

Viola, Francesco. Derecho de Gentes Antiguo e Contemporáneo. Trad. Isabel Trujillo. Persona y Derecho, n. 41, pp. 165-189, 2004.

Vitoria, Francisco de. Comentarios a la Secunda secundae. Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca. Madrid: Beltrán de Heredia, 1932-1935, 6 v.

_____. Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teologicas. Editadas por Teofilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.

* Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Río de Janeiro (UERJ) y en la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ), profesor titular de Derecho Internacional en IBMEC, profesor visitante de la Universidad Andrzej Frycz Modrzewski de Cracovia (Polonia) y de la Universidad Murdoch (Australia), director de la rama brasileña de la Asociación de Derecho Internacional (ILA-Brasil), miembro senior del Instituto Brasileño de Historia del Derecho (IBHD), miembro de la Sociedad Brasileña de Derecho Derecho Internacional (SBDI) y la Academia Brasileña de Derecho Internacional (ABDI). Fue asesor jurídico de la Escuela de Guerra Naval (EGN) y recibió la Medalla “Amigo da Marinha”. Magister y doctor en Derecho, doctor em Filosofia, post doctor en Historia del Derecho Internacional en el Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB). Autor de varias obras como “Teoria do Direito Internacional”, “Hugo Grócio e o Direito: o jurista da guerra e da paz”, “Catholic and Reformed Traditions in International Law”, “O nascimento do Direito Internacional” y “Guerra e Cooperação Internacional”.

¹ Truyol, Antonio. *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*. Trad. Ehrhardt Soares. Coimbra: Armênio Amado, 1952. p. 19.

² Grotius, Hugonis. *De Jure Praedae Commentarius*. La Haye: Hamaker, Nijhoff, 1868. p. XI.

³ “Est-ce à dire qu’une discipline toute neuve lui ait jailli du cerveau, qu’il ait inventé ou imaginé, par une sorte d’intuition divine, les règles inconnues jusqu’à lui de la guerre, de la paix, des rapports entre États, entre souverains, des alliances, des ambassades? Rien ne serait plus contraire, soit à la logique des choses, soit à la vérité. Quantité des canonistes, des légistes, des publicistes ont écrit dès le moyen âge sur ces divers sujets, comme aussi sur les sujets appartenant au droit naturel.” Rivier, Alphonse. *Note sur la littérature du droit de gens avant la publication du Jus Belli ac Pacis de Grotius (1625)*. Bruxelles: Académie Royale de Belgique, 1883. Y también Hinojosa, Eduardo. *Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles, anteriores a nuestro siglo*. Madrid: Reus, 1890 y Nys, Ernest. *Le Droit de la Guerre et les précurseurs de Grotius*. Bruxelles et Leipzig: Murquardt, 1882.

⁴ Haggemacher, Peter. *La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international*. In: Truyol y Serra, Antonio et al. *Actualité de la Pensée Juridique de Francisco de Vitoria*. Bruxelles : Bruylant, Centre Charles De Visscher pour le droit international, 1988, pp. 34-35.

⁵ Scott, J. B. *The Spanish Origin of International Law. Francisco de Vitoria and his law of nations*. 2. ed. New Jersey: The Law Book Exchange, 2003. pp. 137, 147 e 254.

⁶ Borges de Macedo, Paulo Emílio. *O mito de Francisco de Vitoria: defensor dos índios ou patriota espanhol?* *Revista de Direito Internacional*, v.9, pp.1 - 13, 2012.

⁷ “(...) des valeurs spécifiquement chrétiennes et à justifier ce que les Espagnols appelaient sans ambages une conquête” Haggemacher, Peter. *L’idéologie de la conquête et la notion de droit international chez les grands auteurs espagnols*. In: Dufour, Alfred et alii (coord.). *1492 Le choc de deux mondes. Actes du Colloque*. Commission Nationale Suisse pour l’UNESCO. Genève: La Différence, 1993, p. 215.

⁸ Anghie, Antony. *Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law*. *Social & Legal Studies*, v. 5, n. 3, 1996, p. 331.

⁹ Koskenniemi, Martti. *Empire and International Law: the real Spanish contribution*. University of Toronto Law Journal, v. 61, pp. 1-36, 2011.

¹⁰ “Il est impossible de ne pas voir que le droit que construit Vitoria est totalement dominé par la violence, celle qui sert d’occasion à son propos – le massacre, devenu dérangeant, des populations indiennes (...)” Verhoeven, Joe. *Vitoria ou la matrice du droit international*. In: Truyol y Serra, Antonio et al. *Actualité de la Pensée Juridique de Francisco de Vitoria*. Bruxelles: Bruylant, Centre Charles De Visscher pour le droit international, 1988, p. 112.

¹¹ “(...) le jus gentilicium qui gouvernait les relations entre les classes supérieures et les classes inférieures au sein d’une même gente, les jus gentilitatis qui comprenait les lois en vigueur au sein de la classe supérieure des gentils et le jus gentium qui réglait les rapports entre les différents gentes”. Laghmani, Slim. *Histoire du droit des gens: du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*. Paris: Pedone, 2003, p. 11.

¹² “(...) gobernar las relaciones entre ‘extraños’, entre seres que no pertenecen a la misma tribu, al mismo clan, a la misma nación, a la misma cultura, sino que comparten sólo una común humanidad”. Viola, Francesco. *Derecho de Gentes Antiguo e Contemporáneo*. Trad. Isabel Trujillo. *Persona y Derecho*, n. 41, 2004, p. 166.

¹³ Viola, Francesco. *Derecho de Gentes Antiguo e Contemporáneo*. Trad. Isabel Trujillo. *Persona y Derecho*, n. 41, 2004, p. 170.

¹⁴ “Neque vero hoc solum natura, id est jure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus respublica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri.” Y: “Hoc quanquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut jure civili, tamen natura elegerat sancitum est. Societas enim est (quod etsi saepe dictum est, dicendum tamen est saepius), latissime quidem quae pateat, hominum inter homines, interior eorum, qui ejusdem gentis sunt, propior eorum qui ejusdem civitatis. Itaque majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. Quod civile, non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet.” Cicerón. *De Officiis*. Paris: Garnier, s/d. Liber III, V e XVII.

¹⁵ “Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.” Digesto, Livro I, Capítulo I, art. 9º. Iustinianus Imperator. *Corpus Iuris Civilis*. ed. Krueger e Mommsen. Berlin: Weidmann, 1908, v. I.

¹⁶ “Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.” Digesto I, I, 1º, § 4. Ibidem.

¹⁷ Barcia Trelles, Camilo. *Francisco Suárez: les théologiens espagnols du XVIe siècle et l’école moderne du Droit International*. RCADI, n. 1, t. 43, Paris: Sirey, 1933, p. 424.

¹⁸ “Loin d’être ius inter gentes ou inter populos, le droit des gens de nos deux auteurs doit s’entendre inter homines”. Haggemacher, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. Genève, Paris: Heige, Presses Universitaires de France, 1983, p. 318.

¹⁹ Esa es la versión institucionalista de Delos, J. T. *La Société Internationale et les Principes*

de Droit Public. 2. ed. Paris: Pédone, 1950, pp. 187-228. La tesis más “tradicional” es de Scott, J. B. *The Spanish Origin of International Law. Francisco de Vitoria and his law of nations*. 2. ed. New Jersey: The Law Book Exchange, 2003.

²⁰ “Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una republica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium.” Vitoria, Francisco de. *De potestate civili*, 21. In: _____. *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teologicas*. Editadas por Teofilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, p. 191.

²¹ “Quod ius gentium non solum habet vim ex pacto et conducto inter homines, sed etiam habet vim legis” (Vitoria, Francisco. *Op. Cit.*, *De potestate civili*, 21. p. 191).

²² “Imo cum una respublica sit pars totius orbis et maxime christiana provincia pars totius reipublicae, si bellum utile sit uni provinciae, aut reipublicae, cum damno orbis aut christianitatis, puto eo ipso bellum esse iniustum.” (Vitoria, Francisco de. *Op. Cit.* *De potestate civili*, 13. p. 168).

²³ “Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium” (Vitoria, Francisco de. *Op. Cit.* *De indis I, III, 2.* p. 706).

²⁴ La cita entera: “Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.” Iustinianus Imperator. *Corpus Iuris Civilis*. ed. Krueger e Mommsen. Berlín: Weidmann, 1908. *Digesto*, 1, 1, 9.

²⁵ Scott, J. B. *Conferencias del Presidente del Instituto Americano de Derecho Internacional preparadas en homenaje a la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 1938*. p. 20.

²⁶ Vitoria, Francisco de. *De indis recenter inventis relectio prior, De titulis legitimis quibus barbari potuerint venire in ditionem hispanorum*, 18. In: *Op. Cit.*, p. 723-724.

²⁷ Pereña, Luciano. *Estudio Preliminar*. In: Suárez, Francisco. *Guerra Intervención Paz Internacional*. Tradução para o castelhano de Luciano Pereña. Madrid: Espasa-Calpe, 1956. p. 10.

²⁸ “De fato, à primeira vista, a ‘escola espanhola da paz’ (termo empregado por Luciano Pereña) parece pouca espanhola e pouco católica. Contudo, a ‘hispanidade’ e a ‘catolicidade’ representam muito mais do que a mera defesa de uma política de Estado ou de uma concepção de mundo ultrapassada. O grande dilema do século XVI mostra-se a dissociação inexorável entre as duas cidades, a terrena e a de Deus. [...] A ideia de Império havia perdido lastro com os tempos históricos, e existiam tantas soberanias como o número de Estados. A Espanha [...] constituía a chave da crise e a última esperança de reconstrução da cristandade europeia. Ela deveria converter-se no império a serviço da religião, da justiça e da civilização. Todos os príncipes católicos, por imperativo da fé, podiam proteger a Igreja. Mas somente um Estado grande e forte, como a Espanha, conseguiria se insurgir contra o cisma da terra e salvar a civilização cristã.” Borges de Macedo, Paulo Emílio. *O nascimento do direito internacional*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 226.

²⁹ *Digesto*, I, V, 4, § 1°. Iustinianus Imperator. *Corpus Iuris Civilis*. ed. Krueger e Mommsen. Berlín: Weidmann, 1906, v. I.

³⁰. “Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili, aut gentium. Iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est; iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur, aut qui ex ancillis nostris nascuntur.” (“Ora, os escravos são reduzidos ao nosso senhorio por direito civil ou por direito dos povos. Por direito civil, se alguém, maior de vinte anos, aceitar ser vendido de modo a participar do preço de venda; por direito dos povos são nossos escravos os que são capturados por inimigos ou os que nascem das nossas escravas”). Digesto, I, V, 5, §1º. Ibidem.

³¹. “Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem.” (“Se alguém, vencido devido à extrema pobreza e carência, alienar o filho ou a filha recém-nascidos, pela venda, válida somente neste caso, tenha o comprador a faculdade de obter o trabalho escravo dele ou dela”). Codex Iustinianus, IV, XXXXIII, 2. Idem, v. II.

³². “Partum ancillae matris sequi conditionem, nec statum patris in hac specie considerari, explorati iuris est.” Codex Iustinianus, III, XXXII, 7. Idem, v. IV.

³³. Aristóteles. A Política. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1985, I, II, 1254b (p. 19).

³⁴. Ibidem, I, II, 1255a2 (p. 20).

³⁵. “Populi ille bestialiter vivit citra utraque equator sub polis vivit homines feri ut Ptholomei Quadripertito dicit: et etiam hoc experientia compertum est quare primus eos occupans iuste eis imperat: quae natura sunt servi ut primi Politicum tertio quarto dicit Philosopho qui sunt alii natura servi alii liberi manifestu est in quibusdam determinatum est esse tale aliquid quib ob id ipsum prodest: iustu est aliu servire aliu esse liberu: covenit aliu imperare alium parere eo império quo innatu est quare dominari. Propterea dicit Philosopho primo capite illi libri quaobre aiunt poete grecos barbaris dominari: oportere ide sit natura barbari servi.” Maior, Iohannes. In secundum Sententiarum. Parisii: Venudatur apud eunde Badium, 1519, folio CLXXXVII direito.

³⁶. Las Casas, Bartolomé. Historia de las Indias. Libro II. Madrid: Imprenta de Miguel Genesta, 1875, t. III. Se encuentran referencias a Bernardo de Mesa en p. 455-456 y a Gil Gregório en p. 474-480.

³⁷. Portugal. Cópia do traslado autêntico da Bula «Inter Caetera Divinae Majestati» do Papa Alexandre VI pela qual concedeu a D. Fernando de Castela, à Rainha D. Isabel e a todos os seus sucessores, todas as ilhas e terra firme descobertas e por descobrir, desde o Setentrião até ao Meio Dia, tirada por uma linha desde o polo norte ao polo sul, a cem léguas das ilhas dos Açores e de Cabo Verde para ocidente, 1493.

³⁸. Sánchez Domingo, Rafael. Las Leyes de Burgos de 1512 y la Doctrina Jurídica de la Conquista. Revista Jurídica de Castilla y León, n. 28, 2012, p. 27.

³⁹. España. El Requerimiento, 1512. Redactado por Juan López de Palacios Rubios, n. 4-5.

⁴⁰. “Duo quippe sunt, imperator Auguste, quibus principaliter mundus hic regitur: auctoritas sacra pontificum, et regalis potestas. In quibus tanto gravior est pondus sacerdotum, quanto etiam pro ipsis regibus Domino in divino reddituri sunt examine rationem.” Gelasii Papae I. Epistola VIII. In: _____. Epistolae et Decreta. In: Migne Patrologia Latina, v. 059, p. 42.

⁴¹. Pinto, Porfírio José dos Santos. Choupanas e palácios: a arquitetura teológica vieiriana. Tese de doutoramento em Literatura e Cultura. Lisboa, Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, 2018, p. 231.

⁴² Pinto, Porfirio José dos Santos. *Choupanas e palácios: a arquitetura teológica vieiriana*. Tese de doutoramento em Literatura e Cultura. Lisboa, Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, 2018, p. 231.

⁴³ “In hac ejusque potestate duos esse gladios, spiritualem videlicet et temporalem, evangelicis dictis instruimur. Nam dicentibus Apostolis: Ecce gladii duo hic, in ecclesia scilicet, cum apostoli loquerentur, non respondit Dominus, nimis esse, sed satis. Certe qui in potestate Petri temporalem gladium esse negat male verbum attendit Domini proferentis: Converte gladium tuum in vaginam. Uterque ergo est in potestate Ecclesie, spiritualis scilicet gladius et materialis. Sed is quidem pro Ecclesia, ille vero ab Ecclesia exercendus, ille sacerdotis, is manu regum et militum, sed ad nutum et patientiam sacerdotis.” Bonifacius Papae VIII. Bula Unam Sanctam. In: TELMA (Traitement électronique des manuscrits et des archives), 1302.

⁴⁴ Calafate, Pedro. Introdução. In: Franco, José Eduardo; Calafate, Pedro (direção). *Obra Completa Padre António Vieira*. São Paulo: Loyola, 2014, profética t. III, v. V, p. 74-75.

⁴⁵ España. *El Requerimiento, 1512*. Redactado por Juan López de Palacios Rubios, n. 8.

⁴⁶ Palacios Rubios, Juan Lopez. *De las Islas del mar Océano*. Paz, Fray Matías de. *De dominio de los Reyes de España sobre los indios*. Trad. Agustín Millares Carlo. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1954, p. 37-38.

⁴⁷ Palacios Rubios, Juan Lopez. *De las Islas del mar Océano*. Paz, Fray Matías de. *De dominio de los Reyes de España sobre los indios*. Trad. Agustín Millares Carlo. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1954, p. 128.

⁴⁸ Sepúlveda, Juan Ginés de. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. México: Fondo de Cultura Económico, 1987, p. 80.

⁴⁹ Sepúlveda, Juan Ginés de. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. México: Fondo de Cultura Económico, 1987, pp. 81-84.

⁵⁰ Sepúlveda, Juan Ginés de. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. México: Fondo de Cultura Económico, 1987, p. 104.

⁵¹ “Sed quoniam ipsi mortales, qui regiones tenebant, vacui erant ab imperio Christianorum et humanorum gentium?”. Sepúlveda, Juan Ginés de. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. México: Fondo de Cultura Económico, 1987, p. 150.

⁵² Sepúlveda, Juan Ginés de. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. México: Fondo de Cultura Económico, 1987, p. 160.

⁵³ Sepúlveda, Juan Ginés de. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. México: Fondo de Cultura Económico, 1987, p. 164.

⁵⁴ Jasmin, Marcelo Gantus. *História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 20, no. 57, fevereiro, 2005, p. 30. En este texto sólo hay espacio para mostrar a los «enemigos». En un trabajo futuro más amplio, también será posible presentar a los «aliados».

⁵⁵ “(...) in pacifica possessione rerum et publice et privatim. Ergo omnino (nisi contrarium constet) habendi sunt pro dominis. Neque in dicta causa possessione deturbandi?”. Vitoria, Francisco de. *De indis recenter inventis relectio prior, sectio prima*, 5. In: _____. *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teológicas*. Editadas por Teófilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, p. 651.

- ⁵⁶ Aquino, Tomás de. *Suma Teologica*. Texto latino de la edición crítica Leonina. Trad. Francisco Barbado Viejo, O.P. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1947, 2-2 q.10 a.1.
- ⁵⁷ Pagden, Anthony. *The fall of natural man: the American Indian and the origins of comparative ethnology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 37.
- ⁵⁸ “Horum namque domini, quamvis infideles, legitimi domini sunt, sive regali sive politico regimine gubernentur: nec sunt propter infidelitatem a dominio suorum privati; cum dominium sit ex iure positivo, et infidelitas ex divino iure, quod non tollit ius positivum, ut superius in qu. 10, a. 10 habitum est.” Caietani, Thomae de Vio. *Commentaria*. In: Aquinatis, Thomae Sancti. *Secunda Secundae Summae Theologiae. Opera omnia. Cum commentariis Thomae de Vio Caietani Ordinis Praedicatorum*. (edição leonina). Romae: Typographia Polyglotta, 1897, t. IX, 2-2 q. 66 a. 8, p. 94.
- ⁵⁹ Vitoria, Francisco de. *De indis recenter inventis relectio prior, sectio prima, 20-22*. In: _____. *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teológicas*. Editadas por Teofilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, pp. 661-664.
- ⁶⁰ Barretto, Rafael Zelesco. *O conceito de ius gentium em Tomás de Aquino e Francisco de Vitoria*. Tese de doutoramento em Direito. Rio de Janeiro, UERJ, Faculdade de Direito, 2016, p. 23.
- ⁶¹ “(...) pro suo modo usum rationis. Patet, quia habent ordinem aliquem in suis rebus, postquam habent civitates quae ordine constant, et habent matrimonia distincta, magistratus, dominos, leges, opificia, commutationes, quae omnia requirunt usum rationis; item religionis speciem. (...)” Vitoria, Francisco de. *De indis recenter inventis relectio prior, sectio prima, 23*. In: _____. *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teológicas*. Editadas por Teofilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, p. 664.
- ⁶² “(...) barbara educatione, cum etiam apud nos videamus multos rusticorum parum differentes a brutis animantibus”. Vitoria, Francisco de. *De indis recenter inventis relectio prior, sectio prima, 23*. In: _____. *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teológicas*. Editadas por Teofilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, p. 665.
- ⁶³ “Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una republica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quale sunt in iure gentium.” Vitoria, Francisco de. *De potestate civili, 21*. In: _____. *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teológicas*. Editadas por Teofilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, p. 191.
- ⁶⁴ Vitoria, Francisco de. *De justitia (qq. 57-66)*. In: _____. *Comentarios a la Secunda secundae*. Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca. Madrid: Beltrán de Heredia, 1934, t. III, p. 15.
- ⁶⁵ Urdanoz, Teofilo O.P. *Introducción à la Relección Primera (De indis recenter inventis relectio prior)*. In: Vitoria, Francisco de. *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teológicas*. Editadas por Teofilo Urdanoz. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, p. 562.
- ⁶⁶ D’Oca, Fernando Rodrigues Montes. *O direito positivo das gentes e a fundamentação não naturalista da escravidão em Francisco de Vitoria*. *Mediaevalia. Textos e estudos*, n. 31, 2012, p. 39.
- ⁶⁷ “(...) ex statuto humano in ratione fixo” e “(...) ex conducto hominum sancitum”. Vitoria, Francisco de. *De justitia (qq. 57-66)*. In: _____. *Comentarios a la Secunda secundae*. Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca. Madrid: Beltrán de Heredia, 1934, t. III, p. 14.

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo is an Associate professor of International Law at the University of Rio de Janeiro (UERJ) and at the Federal University of Rio de Janeiro (UFRJ), senior professor of International Law at IBMEC, visiting fellow of the Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University (Poland) and of the Murdoch University (Australia), director of the Brazilian branch of the International Law Association (ILA-Brazil), senior member of the Brazilian Institute of Legal History (IBHD), member of the Brazilian Society of International Law (SBDI) and the Brazilian Academy of

Sobre el autor



International Law (ABDI). He was a legal adviser at the Navy War School (Escola de Guerra Naval – EGN) and awarded with the “Amigo da Marinha” Medal. Master and doctor in Law, post doctor in History of International Law at the Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB). Author of several oeuvres such as “Teoria do Direito Internacional”, “Hugo Grócio e o Direito: o jurista da guerra e da paz”, “Catholic and Reformed Traditions in International Law”, “O nascimento do Direito Internacional” and “Guerra e Cooperação Internacional”.

Sumario

- I. *Antecedentes;*
- II. *El ciclo de vida de las entidades civiles sin fines de lucro;*
- III. *Conclusiones y recomendaciones*



**Ramiro Orias
Arredondo**

Régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro...

1. Antecedentes

Así como cada vez más temas de alcance global o de carácter transnacional, como cambio climático, migración, lucha contra la corrupción o salud pública son temas de interés hemisférico, el fortalecimiento del espacio cívico constituye hoy una preocupación regional. Es una de las bases del sistema interamericano de protección de la democracia y los derechos humanos. Sin embargo, en la práctica e implementación de los marcos legislativos, las organizaciones civiles de la región enfrentan obstáculos legales relacionados a lo largo de su ciclo de vida, debido a un proceso en el que progresivamente algunos países se han ido alejando de los estándares internacionales de derechos humanos aplicables en este campo.

Conforme al Art. 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) *todas las personas*

tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. En consecuencia, la libertad de asociación constituye un derecho que tienen todas las personas o grupos de personas a crear organizaciones, formales o informales, para actuar, expresar, promover, ejercer, defender de manera colectiva una amplia gama de fines lícitos de interés común, de manera pública o privada, sin más “restricciones que las previstas por ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

Conforme la CADH, los Estados tienen el deber de proteger y respetar todos los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que

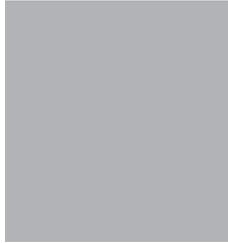
“...todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.”

esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y tienen el deber de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las disposiciones de derecho interno, tanto legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Art. 2). En consecuencia, los Estados tienen el deber de adoptar un marco jurídico, político y administrativo propicio, adecuado y necesario para garantizar el desarrollo de las organizaciones civiles, a lo largo de su ciclo de vida; es decir, la creación, funcionamiento, financiación y disolución de las asociaciones o entidades civiles sin fines de lucro, que permiten ejercer la libertad de asociación conforme a los valores de una sociedad democrática.

Esta es hoy una preocupación global, en la última década se han ido desarrollando estándares internacionales

específicos en esta materia. En el Informe del Relator Especial de NNUU para las Libertades de Reunión Pacífica y de Asociación presentado el 2012 sobre la situación de *la libertad de asociación se ha señalado que la libertad de asociación ampara a las asociaciones desde su creación hasta su disolución, e incluye el derecho a establecer asociaciones y adherirse a ellas y el derecho de las asociaciones a desarrollar libremente sus actividades y a recibir protección contra injerencias indebidas, a acceder a financiación y recursos, y a participar en los asuntos públicos*¹.

A nivel europeo, en enero de 2015 se han adoptado las Directrices conjuntas de la Organización de Cooperación y Seguridad Europea (OSCE/ODIHR) y la Comisión de Venecia sobre libertad de asociación, con el objetivo de promover la constitución y existencia de asociaciones civiles, posibilitando su funcionamiento de manera congruente con los principios democráticos, estableciendo que la legislación nacional en esta materia “debe redactarse con el propósito de facilitar la creación de asociaciones y permitirles perseguir sus objetivos”². Además, tal como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *la protección que se concede*



a la libertad de asociación debe extenderse durante toda la vida de la asociación³.

Asimismo, en el 2017 la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) ha promovido unas Directrices sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y asociación con el fin de fortalecer la promoción y protección de estos derechos en el continente africano, estableciéndose que: *La legislación nacional sobre la libertad de asociación, cuando sea necesario, se redactará con el objetivo de facilitar y fomentar la creación de asociaciones y promover su capacidad para perseguir sus objetivos. Dicha legislación se redactará y modificará sobre la base de procesos amplios e inclusivos que incluyan el diálogo y la consulta significativa con la sociedad civil⁴.*

En nuestro continente, el sistema interamericano había quedado con

cierto rezago frente a estos avances, siendo necesario un proceso de sistematización, actualización y consolidación de los estándares desarrollados en la región. En 1984 el **Comité Jurídico Interamericano (CJI)** -como parte de sus labores de codificación y desarrollo del derecho internacional privado- promovió la adopción de la *Convención sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado*. El Art. 2 deja establecido que *la existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución*, pero no se ha avanzado mucho en el desarrollo de directrices interamericanas sobre el contenido y el enfoque que deben tener esas leyes que regulan a las personas privadas, en particular a las de tipo civil y sin fines de lucro.

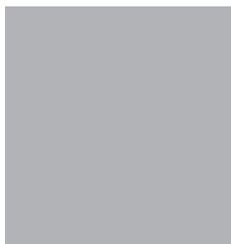
“Principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro (documento CJI/doc.629/21).”

Algunos principios de interpretación en esta materia pueden encontrarse en la recopilación de la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**, publicada hace una década atrás en el Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, que establece, por ejemplo, que: *el derecho de asociarse libremente sin interferencias prescribe que los Estados deben asegurar que los requisitos legales no impedirán, retrasarán o limitarán la creación o funcionamiento de las organizaciones, asegurando que el procedimiento de inscripción tendrá un efecto declarativo y no constitutivo*⁵.

En su 51° periodo ordinario de sesiones la **Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA)**, en junio de 2021, aprobó

la resolución sobre *Promoción y protección de Derechos Humanos* en la que exhorta a los Estados Miembros miembros a que: “respeten y protejan plenamente el derecho de todas las personas a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, y a que adopten todas las medidas necesarias para asegurar que cualquier restricción del libre ejercicio del derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, estén de conformidad con la legislación interna y a las obligaciones internacionales de derechos humanos, que les sean aplicables”.

Asimismo, la **Asamblea General de la Organización de Estado Americanos (OEA)**, en su 52° periodo ordinario de sesiones realizado en la ciudad de Lima, en fecha 7 de octubre aprobó una resolución sobre protección de defensores y defensoras de Derechos Humanos (*AG/CG/doc.10/22 rev. 1*), instando a los Estados adopten las medidas necesarias garantizar un **ambiente propicio para la defensa de los derechos humanos**, agregando “en especial para quienes defienden y ejercen los derechos a la libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica en contextos donde se cometen violaciones a los derechos humanos”.



En el mismo sentido, en la novena **Cumbre de las Américas** realizada del 8 al 10 de junio de 2022 se aprobó el *Plan de Acción Interamericano sobre Gobernabilidad Democrática* (CA-IX/doc.5/22), donde los Estado del continente se comprometen a proteger el ejercicio pleno de los derechos civiles, incluyendo la libertad de asociación, libertad de reunión pacífica y libertad de expresión, como principios fundamentales de las democracias representativas y participativas, de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos.

Históricamente, la mayoría de la legislación nacional -particularmente en la codificación de los países latinoamericanos- definía los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas entidades privadas, así como otros aspectos de su funcionamiento y disolución en su legislación civil común, estableciendo un marco jurídico neutral. Lo mismo en el caso de los

países herederos del *common law*, como es el caso los países del Caribe, Canadá y los Estados Unidos. Sin embargo, desde hace casi un par de décadas atrás, la región ha experimentado un proceso de transformación de esos marcos regulatorios, pasando del derecho civil al derecho administrativo, imponiendo en algunos países restricciones indebidas, controles excesivos y requisitos vagos y potestades ambiguas y discrecionales a cargo de los órganos Ejecutivos, que han afectado de forma particular el régimen legal que regula las distintas fases del ciclo de vida de las entidades civiles sin fines de lucro.

Frente a este contexto, es que se hacía necesario avanzar en el proceso de sistematización y desarrollo de principios y estándares interamericanos sobre el régimen legal de las entidades y organizaciones de la sociedad civil. En su 98° Período Ordinario de Sesiones (5-9 abril, 2021)

“...la Declaración de los Principios Interamericanos sobre Creación, Funcionamiento, Financiamiento y Disolución de Entidades Civiles Sin Fines de Lucro.”

el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó para su inclusión en la Agenda el tema: Principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro (documento CJI/doc.629/21), con el objetivo de sistematizar y desarrollar directrices y buenas prácticas sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro. Para ello, bajo la dirección del Relator encargado de este tema por el Comité Jurídico Interamericano (CJI), con el apoyo y asistencia técnica del Centro Internacional para la Ley del Sector No Lucrativo (International Center for Not-for-Profit Law, o ICNL por sus siglas en inglés) se ha desarrollado un extenso trabajo de recopilación, relevamiento, análisis y comparación

a la luz de los estándares internacionales de la legislación nacional establecida en 35 países de la región, con información específica en relación al ciclo de vida de las organizaciones civiles: a) formación y registro de las organizaciones, b) funcionamiento, c) acceso al financiamiento y d) disolución. Como efecto de ese trabajo, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA aprobó en marzo del 2023 la Declaración de los Principios Interamericanos sobre Creación, Funcionamiento, Financiamiento y Disolución de Entidades Civiles Sin Fines de Lucro, que incluye 12 principios.

La declaración toma nota que “en la práctica e implementación de los marcos legislativos nacionales que regulan la libertad de asociación, las organizaciones de la sociedad civil de la región suelen enfrentar restricciones y obstáculos legales relacionados a lo largo de su ciclo de vida” y ofrece un marco basado en el derecho internacional para reforzar el reconocimiento de derecho de asociación y las libertades de las OSC, brindando directrices para que los Estados adopten leyes nacionales acordes a los estándares internacionales vigentes en la materia. En ese trabajo, se resumen esos principios y buenas prácticas identificadas en la legislación y práctica nacional de los Estados miembros de la OEA.

2. El ciclo de vida de las entidades civiles sin fines de lucro

El derecho a la libertad de asociación está ampliamente garantizado en la mayoría de las constituciones de los países de la región. Sin embargo, en su desarrollo legislativo, en cuanto a la regulación del ciclo de vida de las organizaciones civiles, las leyes nacionales han implementado modelos diversos, mediante una normativa que generalmente suele ser dispersa y ambigua, resultando restrictivas en la gran mayoría de casos.

Asimismo, las prácticas de implementación suelen ser también diversas, dependiendo especialmente de los contextos políticos, la fortaleza de la institucionalidad democrática y de la vigencia plena del Estado de derecho. Así, tenemos casos en que, pese a un marco legal favorable para la creación, basados en un sistema de notificación, el contexto político y las prácticas administrativas han resultado restrictivas al funcionamiento de las OSC, contrarios a los estándares internacionales de derecho humanos. En este estudio se ha podido también constatar la existencia de una gran variedad de normas que afectan los diferentes aspectos del ciclo de vida de

las OSC: leyes de impuesto sobre la renta, leyes antilavado y contra el financiamiento del terrorismo, leyes de caridades, leyes de fomento, leyes de registro de agentes extranjeros, etcétera. Un análisis sobre el entorno legal para las OSC en un determinado país debe tomar en cuenta esta constelación de normas, y no solo la ley que regula la creación y disolución.

Aunque la realidad suele ser más híbrida y compleja, y por supuesto que no existen modelos puros, en función al predominio de una mayoría de características, se pueden identificar al menos cuatro grandes grupos o tendencias de régimen jurídico en esta materia.

Existe un grupo de países en los que el Código Civil es la base legal que regula los principales aspectos del ciclo de vida de las organizaciones civiles, como son los casos de Brasil, Colombia, Paraguay y Perú. También se encuentra un modelo mixto, donde el Código Civil es la norma en la que se cimienta predominantemente la constitución de personas jurídicas, en especial fundaciones y asociaciones, acompañado por otras leyes específicas de implementación y fomento, compatibles con el modelo civilista basado en la libertad contractual,

como son el caso de Chile⁶, Costa Rica⁷, El Salvador⁸, Honduras⁹, México¹⁰, Panamá¹¹ y Uruguay¹².

Algunos países del caribe anglófono, como Antigua, Dominica y Jamaica¹³, Bahamas¹⁴, Barbados¹⁵, Belice¹⁶, así como Guyana y Grenada, al igual que Trinidad y Tobago, Saint Kitts¹⁷ y Santa Lucía¹⁸ mantienen una tradición legal de *common law*, donde las leyes escritas (*statutes or Acts*) son pocas y el Derecho es preponderantemente construido sobre decisiones judiciales en un sistema de precedentes. Las “Company Act” y “Friendly Societies Act” constituyen la principal normativa que regula la constitución, estableciendo procedimientos comunes o iguales para la creación de compañías o sociedades comerciales, así como de asociaciones civiles y entidades sin fines de lucro, no efectuando discriminación por la naturaleza jurídica de estas personas colectivas. Los casos de Canadá¹⁹ y los Estados Unidos se asemejan más este grupo de países, pero bajo un sistema federal, en la que cada Estado tiene su propia normativa.

Mientras que otro grupo de países -aunque varios de ellos someten de manera ambigua la regulación general de las personas jurídicas de derecho privado a su legislación civil-

creación, registro y otorgación de la personalidad jurídica, así como el funcionamiento y disolución de las asociaciones y entidades civiles está reglamentadas por leyes especiales, que establecen procedimientos administrativos para este efecto, como es el caso de Argentina²⁰, Bolivia²¹, Haití²², Guatemala²³, Ecuador²⁴, Nicaragua²⁵, República Dominicana²⁶ y Venezuela. El caso de Venezuela es *sui generis*, ya que mantiene el Código Civil como base para la existencia de asociaciones y fundaciones, pero con un conjunto disperso de regulaciones especiales, de rango infralegal, que le permiten al Ejecutivo tener un gran margen de control de las OSC²⁷. En Cuba la creación de las OSC está regulada por la Ley 54, de Asociaciones, aplicada por analogía a las fundaciones, las cuales no poseen normativa propia. En estos casos, la autorización o aprobación de la personalidad jurídica está bajo competencia de órganos de composición política, como es el Ejecutivo.

2.1 Creación

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que el libre y pleno ejercicio de la libertad de asociación impone a los Estados el deber de crear condiciones

legales y fácticas en las cuales puedan desarrollar libremente su función. Si bien los Estados tienen la facultad para reglamentar la inscripción, vigilancia y control de las organizaciones dentro de sus jurisdicciones, el derecho de asociarse libremente sin interferencias prescribe que los Estados deben asegurar que los requisitos legales no impedirán, retrasarán o limitarán la creación o funcionamiento de las organizaciones²⁸. La CIDH ha señalado también que los Estados deben garantizar a su vez, que el registro de las organizaciones civiles de derechos humanos sea de manera rápida, exigiendo solamente los documentos necesarios para obtener la información adecuada a los fines del mismo. Igualmente, las leyes de los Estados deben establecer con claridad los plazos máximos para que las autoridades estatales respondan a las solicitudes registrales²⁹.

El Relator Especial de NNUU para la Libertad de Asociación ha hecho notar que un “procedimiento de notificación” se ajusta más a las normas internacionales de derechos humanos y debe ser aplicado por los Estados en lugar del “procedimiento de autorización previa, que implica recibir el visto bueno de las autoridades”. Con arreglo al procedimiento de notificación, las asociaciones pasan a ser

personas jurídicas automáticamente, en cuanto sus fundadores notifican su creación a las autoridades. Se trata más bien de un trámite de presentación de la asociación mediante el cual la administración registra su establecimiento³⁰.

2.1.1 Sistemas de Notificación o Autorización Previa

Un aspecto crítico en cuanto al acto jurídico de creación de las entidades civiles sin fines de lucro tiene que ver con la naturaleza del acto; si el registro constituye un “procedimiento de notificación”-es decir si es un registro o reconocimiento de acto previo basado en la voluntad de los miembros de las OSC- o más bien un “procedimiento de autorización previa”, si las OSC inician su vida jurídica solo cuando el Estado lo aprueba. Conforme a los estándares internacionales, el “procedimiento de notificación” asegura que el nacimiento a la vida jurídica de las asociaciones se da con la voluntad constitutiva de sus miembros fundadores, quienes luego notifican de su creación a las autoridades del Estado. Se trata de un trámite de inscripción de la asociación ante un registro público, sin que se requiera una autorización previa o licencia de funcionamiento que autorice su establecimiento.

“...los sistemas basados en normas de derecho civil, tanto codificados como los de common law, suelen establecer registros del tipo notificación, mientras que los sistemas basados en derecho administrativo establecen registros con efecto de autorización previa, más lejanos a los estándares internacionales.”

Del estudio comparado, se puede concluir que en términos predominantes los sistemas basados en normas de derecho civil, tanto codificados como los de common law, suelen establecer registros del tipo notificación, mientras que los sistemas basados en derecho administrativo establecen registros con efecto de autorización previa, más lejanos a los estándares internacionales. El procedimiento de notificación se aplica en diversos países (Brasil, Colombia, Chile, México y el Uruguay. Mientras que el procedimiento de “autorización previa”, se expresa en un modelo de reconocimiento de la personalidad jurídica de

estas entidades basado en la decisión de la autoridad administrativa, como es el caso de Bolivia, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Panamá, Ecuador, Paraguay o Venezuela.

2.1.2 Entidad Pública Encargada de Reconocer Personalidad Jurídica

Las solicitudes para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las entidades civiles se presentan ante una diversidad de agencias públicas. En Argentina se tramita ante la Inspección General de Justicia (“IGJ”), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que tiene a su cargo funciones registrales para las sociedades comerciales, como de las asociaciones civiles y fundaciones, si tienen domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o ante las direcciones de personas jurídicas de cada provincia en el interior del país. En Brasil, el Código Civil (Ley 10.406/02) establece que el Ministerio Público es responsable por fiscalizar las fundaciones, que comprende capacidad de autorizar su creación, aprobar cambios de estatuto y dirigentes, y de determinar intervención en la fundación, en casos de desvío de finalidad. También incluye supervisión financiera y de actividades por medio de informes anuales de rendición de cuentas. Las asociaciones no

tienen una agencia supervisora. En el caso de Bolivia, la Unidad de Personalidades Jurídicas del Viceministerio de Autonomías, dependiente del Ministerio de la Presidencia, tiene la atribución de aprobar la otorgación y registro de personalidad jurídica a organizaciones sociales, organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades civiles sin fines de lucro que desarrollan actividades no financieras en más de un Departamento³¹. En el caso de Guatemala, la Ley de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (Art. 10) dispone que deben inscribirse en el REPEJU - Registro de Personas Jurídicas del Ministerio de Gobernación.

Como ya se ha señalado, los países del Caribe anglófono, basados en el *common law*, las “Companies Act” así como “Friendly Societies Act” regulan la constitución de personas jurídicas de derecho privado, estableciendo procedimientos comunes para la creación de compañías o sociedades comerciales, así como para las asociaciones civiles y entidades sin fines de lucro. Este tratamiento equivalente para las personas jurídicas ha significado en algunos países mejores prácticas de registro, menos arbitrarias, ya que generalmente se verifica que a la constitución de empresas se

les suelen establecer ciertas facilidades o menores requisitos y costos de constitución.

Como se puede ver de la heterogeneidad de las agencias públicas encargadas del registro, reconocimiento y aprobación de la personalidad jurídica de las OSC, el problema más que una cuestión de ubicación en la estructura del Estado tiene que ver con sus funciones y capacidades discrecionales sobre la creación de entidades civiles.

2.1.3 Regulación estatal y autorregulación de las OSC

Otro elemento clave tiene que ver con la intensidad del control sobre la creación, vida y gobierno interno de la organización. Algunas legislaciones, en el marco de la libertad contractual dejan que los miembros definan estos aspectos en sus Estatutos, siempre que cumplan los requisitos establecidos en las leyes o códigos del país, y no vayan contra el orden público, como es el caso de Argentina, Costa Rica y México y la normativa ecuatoriana. Mientras que otros países, se le otorga a la administración una capacidad de exorbitante sobre la vida interna de las organizaciones, estableciendo cláusulas modelo o el contenido obligatorio que deben adoptar los estatutos, u otorga discreción al Estado

para requerir a las OSC que modifiquen sus estatutos, como es el caso de Bolivia, que, ante estas observaciones, existe la posibilidad de impugnar judicialmente esta decisión.

También, se ha identificado cierta regulación intrusiva sobre aspectos que deben estar establecidos en los estatutos, como por ejemplo el requisito de paridad de género en la junta directiva de Costa Rica y el requisito de alineamiento al Plan Nacional de Desarrollo en Bolivia, que podría afectar la independencia programática de las organizaciones civiles, además de cerrar espacio a la crítica pública. Además, se han identificado otro tipo de restricciones o barreras legales para la creación de OSC, por ejemplo, imponer número mínimo de miembros; limitaciones en quienes pueden ser fundadores; costos oficiales onerosos. En el caso de Jamaica, por ejemplo, para establecer una OSC bajo el *Friendly Societies Act*, deben tener y mantener un mínimo de 21 miembros – una barrera altísima. Si se quiere constituir bajo el *Companies Act*, no existe esta barrera de membresía, pero el costo es más alto. Las OSC deberían tener la libertad de promover e incluir miembros de ciertas razas, géneros, zonas geográficas, etc. El Estado, por ejemplo, no tiene justificación para limitar

de manera compulsiva la capacidad de una OSC de mujeres de tener una junta directiva compuesta únicamente por mujeres, lo que es considerado una intrusión en aspectos que hacen a la composición de cada organización.

2.1.4 Buenas prácticas en el sistema de notificación

También se identifican buenas prácticas en materia de establecimiento y registro de organizaciones civiles. Se ha estudiado el caso de la legislación de la República de Chile, que mediante la Ley N.º 20.500, sobre “Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública”, de fecha 16 de febrero de 2011, establece por primera vez un marco regulador general y comprehensivo sobre el derecho de las personas a asociarse y participar en los distintos espacios de la gestión pública.

La Ley N.º 20.500, establece un sistema expedito y descentralizado, en el cual interviene en primer lugar la respectiva Municipalidad del domicilio de la organización que se crea. Luego, el Servicio de Registro Civil e Identificación a cuyo cargo se encuentra el Registro Nacional de Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro, procede al registro nacional y único, en el cual se inscriben:

- Asociaciones y fundaciones constituidas, conforme a lo dispuesto en el Código Civil.
- Organizaciones comunitarias funcionales, juntas de vecinos y uniones comunales.
- Personas jurídicas sin fines de lucro regidas por leyes especiales.
- Los actos que determinen la composición de los órganos de dirección y administración de las personas jurídicas registradas.

El sistema de registro es un avance de primera importancia en el derecho asociativo chileno. Con todo, cabe advertir que la Ley N.º 20.500 fue aprobada sin prever las necesidades de financiamiento básico para su implementación, de modo que, tanto las Municipalidades del país como el mismo Servicio de Registro Civil, han debido hacerse cargo de sus nuevas funciones legales con el mismo personal, recursos profesionales y medios tecnológicos con que contaban antes de la vigencia de la ley, resintiéndose en términos prácticos algunos de los beneficios del nuevo sistema.

En el caso de Uruguay, las formas jurídicas que prevé el ordenamiento jurídico son las asociaciones civiles y las

fundaciones reguladas por el Código Civil, así como por el Decreto Ley N.º 15.089 del 12 de diciembre de 1980 y la Ley N.º 17.163 de 1º de septiembre de 1999, respectivamente. Se establece que el Ministerio de Educación y Cultura tiene la competencia para el reconocimiento de la personería jurídica de las entidades civiles, mediante su Dirección General de Registros Públicos, que ejerce el control administrativo de las asociaciones civiles y fundaciones; en consecuencia, lleva los registros públicos de los actos jurídicos de creación, funcionamiento, así como disolución y liquidación.

Consideramos que el modelo de tipo registral, donde una autoridad pública de manera independiente y competente reconoce la personalidad jurídica de las entidades civiles mediante la inscripción ante un registro público, presenta un mejor abordaje para acercarse a los estándares internacionales, que definen que el nacimiento a la vida jurídica de las OSC debe darse por procedimientos de notificación o efecto declarativo.

2.2 Funcionamiento

Si bien los Estados tienen la facultad para reglamentar la inscripción, vigilancia y control de las organizaciones

... el derecho de asociarse libremente sin interferencias prescribe que los Estados deben asegurar que los requisitos legales no impedirán, retrasarán o limitarán la creación o funcionamiento de las organizaciones³².

Los Estados deben abstenerse de promover leyes y políticas que utilicen definiciones vagas, imprecisas y amplias respecto de los motivos legítimos para restringir las posibilidades de conformación y funcionamiento de las organizaciones de derechos humanos³³.

2.2.1 Regulación de determinaciones sobre actividades

Los miembros de asociaciones deben tener la posibilidad de determinar libremente sus estatutos, estructura y actividades, así como de adoptar decisiones sin injerencia del Estado ...³⁴

Con algunas importantes excepciones, la legislación en la región no establece limitaciones al tipo de actividades que pueden realizar las OSC, permitiéndoles cumplir diferentes objetivos y finalidades, ya sean de beneficio público o de beneficio mutuo³⁵. En México, por ejemplo, según el Código Civil Federal es posible que los individuos constituyan asociaciones “para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley”³⁶. En Colombia la legislación tampoco establece

limitaciones para que las personas, sean naturales o jurídicas, constituyan entidades para realizar actividades en beneficio de sus asociados o de terceras personas, o de la comunidad en general³⁷. En términos similares, la Ley N.º No. 122-05 sobre Regulación y Fomento de las Asociaciones sin Fines de Lucro en República Dominicana señala que las asociaciones se constituyen para conseguir unas “finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular”³⁸. En países del Caribe, como Dominica y Granada, las leyes indican que a efectos de obtener el registro las actividades de la organización deben restringirse a aquellas que sean de carácter patriótico, religioso, filantrópico, caritativo, educativo, científico, literario, histórico, artístico, social, profesional, fraternal, deportivo o atlético, o similar, o a la promoción de algún otro objeto útil³⁹. En otro ejemplo, la ley de Guatemala prohíbe a las organizaciones no gubernamentales usar financiamiento externo para realizar actividades que *alteren el orden público*. La violación de esta prohibición puede resultar en la cancelación del registro de la organización⁴⁰. El uso de términos ambiguos como *lesivas al interés social o alteren el orden público* son problemáticos porque no permite que una OSC determine inequívocamente qué

actividad sería lesiva al interés social o alteraría el orden público. Esto a su vez permite a la autoridad ejercer gran discrecionalidad en la determinación de la actividad prohibida.

2.2.2 Requisitos de adecuación a los requerimientos de una nueva ley o de solicitar nuevamente el reconocimiento del Estado

*En caso de adopción de nuevas leyes, no se debe exigir la reinscripción de todas las asociaciones ya registradas, a fin de protegerlas contra denegaciones arbitrarias o la interrupción de sus actividades*⁴¹.

La gran mayoría de los países no requieren solicitar nuevamente el registro de OSC o ajustes para cumplir con nuevas leyes como condición para la personería jurídica. No obstante, se observa una tendencia preocupante en algunos países que mediante nuevas leyes requieren que las organizaciones ya registradas inicien un nuevo proceso de registro ante la misma instancia que les otorgó la personería jurídica o ante una entidad de gobierno diferente como condición para seguir operando. El problema con requerir la adecuación para cumplir con una nueva ley o la renovación de la autorización para operar es que ello puede resultar en denegaciones arbitrarias o

en la interrupción de las operaciones de las organizaciones. Los ejemplos que se comparten a continuación ilustran esta tendencia.

La legislación de Bolivia y Guatemala requieren a las organizaciones readecuarse a los requerimientos de una nueva ley como condición para continuar operando. En Bolivia, el Decreto Supremo que implementa la Ley N.º 351 requiere que toda organización que desarrolla actividades en más de un departamento y que obtuvo su personalidad jurídica con anterioridad debe adecuarse a lo dispuesto en la nueva norma. Por su parte, la Ley de Regulación de Agentes Extranjeros de Nicaragua obliga a una organización a obtener un nuevo reconocimiento legal del Estado a pesar de haber obtenido previamente su personalidad jurídica. Según esta ley una OSC cuyas actividades sean “financiadas o subsidiadas en su totalidad o en parte por gobiernos, capital, empresas o fondos extranjeros, sea directamente o por medio de terceros, sean personas físicas o jurídicas” deben registrarse en el Registro de Agentes Extranjeros⁴². Las sanciones aplicables a una organización que no cumpla con la obligación de inscribirse en este Registro incluyen: multas, cancelación de la personería jurídica

sin perjuicio de responsabilidad penal por delitos contra la seguridad del Estado, intervención de fondos y bienes, así como la prohibición de realizar actividades⁴³.

Como se anotó previamente, solicitar registrarse nuevamente o renovar la autorización para operar puede resultar en interrupciones en las actividades de las organizaciones. Procedimientos administrativos burocráticos, lentitud en la respuesta de los funcionarios, así como altos costos en los que deben incurrir las OSC para cumplir con estas obligaciones afectan negativamente sus actividades.

2.2.3 Requisitos de información sobre sus operaciones

La CIDH considera que, si bien es un fin perfectamente legítimo solicitar información a organizaciones no gubernamentales para fines estadísticos, tributarios o para actualizar las cifras macroeconómicas del país, los Estados en las revisiones y solicitudes de información a las organizaciones, no deben exceder los límites de confidencialidad que éstas requieren para su libre accionar con independencia, ni condicionar el registro exclusivamente a la presentación de dicha información⁴⁴. El Relator Especial de NNUU alerta contra las obligaciones

frecuentes, onerosas y burocráticas de presentación de informes, que pueden llegar a obstruir indebidamente la labor legítima de las asociaciones. Por consiguiente, los controles deben ser justos, objetivos y no discriminatorios, y no deben servir de pretexto para silenciar las críticas⁴⁵.

La presentación de informes programáticos o financieros relacionados a las actividades de las OSC es una obligación incluida en la legislación de casi todos los países de la región; sin embargo, el alcance de los requisitos de información que deben presentarse varía de país a país. Requisitos simples en la presentación de informes se observan en Argentina donde la Ley del Impuesto a las Ganancias establece que estas deben presentar balances financieros, y en el caso de las fundaciones⁴⁶, el Código Civil y Comercial establece que las OSC deben presentar sus planes de acción y bases presupuestarias a la Dirección de Personas Jurídicas de la provincia en que están registradas⁴⁷. La ley en República Dominicana⁴⁸ requiere la presentación de una declaración jurada informativa anual ante la Dirección General de Impuestos Internos, informando sobre los ingresos brutos obtenidos, pasivos, activos, así como contribuciones recibidas y detalle de

donaciones internacionales recibidas. En el Caribe, la ley en Antigua y Barbuda ofrece otro ejemplo de requisitos simples al requerir a las OSC un informe anual sobre activos y pasivos de la organización⁴⁹.

Ahora bien, aunque los estándares internacionales señalan que los Estados deben abstenerse de promover leyes que utilicen definiciones *vagas, imprecisas y amplias* que restringirían el funcionamiento de las organizaciones, en varios países de la región observamos una tendencia a establecer requisitos abiertos de información que las OSC deben cumplir. En el caso del Código Civil de Chile, las asociaciones y fundaciones podrán ser requeridas de presentar al Ministerio de Justicia "... las actas de las asambleas y de las sesiones de directorio, las cuentas y memorias aprobadas, libros de contabilidad, de inventarios y de remuneraciones, así como cualquier otra información respecto del desarrollo de sus actividades"⁵⁰.

De conformidad con los estándares internacionales, la información sobre los recursos financieros de las OSC no debe ser de carácter público a menos que éstas ejecuten recursos públicos. La ley en Chile cumple con este estándar ya que requiere que las

asociaciones que reciben fondos públicos informen acerca del uso de esos recursos ya sea publicándolo en su sitio electrónico o en su defecto en otro medio⁵¹. Asimismo, se ha podido comprobar que muchas veces los Estados piden información a las OSC que ya tienen en los respectivos registros, como pago de impuestos, estados financieros, pagos a la seguridad social, etc.⁵².

2.2.4 Los requisitos aplicables al sector en materia de la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo.

Las medidas para proteger a las [organizaciones sin fines de lucro u OSFL] del potencial abuso para financiamiento del terrorismo deberán estar focalizadas y en línea con el enfoque basado en riesgo. También es importante que dichas medidas sean establecidas de manera que respeten las obligaciones de los países con base en la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario⁵³.

Las medidas adoptadas por los países para proteger a las OSFL frente al abuso para el financiamiento del terrorismo no deben interrumpir o desalentar las actividades caritativas legítimas. Más bien estas medidas deben promover la transparencia y fomentar

*una mayor confianza entre las OSFL, tanto en toda la comunidad donante como entre el público en general, en cuanto a que los fondos y servicios de beneficencia lleguen a los beneficiarios legítimos que se pretende*⁵⁴.

Sumado a las obligaciones de entregar informes financieros y programáticos mencionados en subsecciones anteriores, algunos países obligan a las OSC cumplir con leyes especiales enfocadas en la lucha antilavado de activos y contra el financiamiento al terrorismo (ALA-CFT). Estas normas, a su vez, están inspiradas por los estándares globales sobre regulación en la materia emitidos por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), presentados de manera resumida arriba. Las obligaciones que aplican a las OSC varían entre países en cuanto a cuáles son las OSC cubiertas por la norma y las medidas de debida diligencia y de informar a las autoridades que están obligadas a cumplir.

La revisión de algunas leyes ALA-CFT de la región refleja la variedad de enfoques adoptados. En su conjunto los ejemplos discutidos en esta sección ilustran el impacto significativo que pueden tener las normas ALA-CFT en las operaciones de las OSC,

y no solo en su carga administrativa de rendir informes. El registro obligatorio de la Providencia venezolana, por ejemplo, puede ser inalcanzable para una OSC sujeta a investigaciones de su sede sin límites y revisiones discrecionales de solicitudes sin criterios establecidos para su aprobación. Además, se nota la gran diversidad en la legislación sobre cuáles OSC están sujetas a estos requisitos intensificados de control. Comparar, por ejemplo, la aplicabilidad en Costa Rica de estas medidas únicamente a OSC que realizan movimientos financieros en países catalogados internacionalmente como riesgosos, con la norma en Guatemala que sujeta a cualquier OSC que opera con fondos del Estado o el exterior a controles adicionales. Estos requisitos desvían los recursos financieros y humanos de las misiones de las OSC. En este sentido, es esencial evaluar si las obligaciones establecidas en las leyes ALA-CFT son focalizadas en OSC identificadas con base en evidencia de ser de alto riesgo de mala utilización para el financiamiento de terrorismo, proporcionales, y aplicadas sin interrumpir su trabajo legítimo, conforme con las obligaciones de los países tanto bajo el derecho internacional de la libertad de asociación como los estándares del GAFI.

2.2.5 La participación en el diseño de políticas públicas.

*[E]ntre otros derechos, las asociaciones tienen la libertad de promover reformas electorales y reformas de políticas más generales; discutir cuestiones de interés público y contribuir al debate público; vigilar y observar los procesos electorales...*⁵⁵

*El derecho de las asociaciones a participar en actividades relacionadas con el proceso electoral debe, por lo tanto, garantizarse a todas las asociaciones, sin importar si son apolíticas en sus medios y operaciones, si apoyan parcial o totalmente al gobierno o si critican sus políticas*⁵⁶.

Las OSC tienen un importante rol en el diseño e implementación de las políticas públicas, y por ende promover su participación en el debate sobre esas políticas, desde una perspectiva amplia y no partidaria, es fundamental. El establecimiento de condiciones legales específicas para promover la participación de las OSC en el diseño de políticas públicas no es una práctica muy generalizada en la región. Sin embargo, la ley en ciertos países da cuenta de las instancias creadas para promover la participación en asuntos públicos.

La legislación brasileña por su parte establece, mediante diferentes normas, una variedad de mecanismos para la participación de las OSC en la formulación de políticas públicas. El Art. 204 de la Constitución Federal de Brasil hace referencia a que la población, representada por organizaciones representativas, participarán de la creación de políticas públicas.

2.2.6 La realización de actividades en el espacio digital⁵⁷

*...la libertad de acceso a las tecnologías digitales y de uso de estas para ejercer los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación se debería considerar la regla, y las limitaciones, la excepción. La regla general debería ser la de permitir el uso abierto y libre de Internet y otras herramientas digitales*⁵⁸.

Las regulaciones de las actividades de las OSC en el espacio digital es un tema de creciente relevancia. Ello se debe en gran medida a las necesidades de una sociedad que, como consecuencia de la pandemia, llevó al espacio digital el ejercicio y la defensa de la libertad de asociación. En ese sentido, en la revisión de escritorio realizada no se identificaron ejemplos de estas normas en la gran

mayoría de los países miembros de la OEA. No obstante, la Ley Especial de Ciberdelitos de Nicaragua y otras normas de Cuba ofrecen ejemplos de legislación problemática desde el punto de vista de los estándares internacionales.

La Ley Especial de Ciberdelitos de Nicaragua establece que una persona será objeto de sanciones si “usando las tecnologías de la información y la comunicación, publique o difunda información falsa y/o tergiversada que produzca alarma, temor, zozobra en la población...si la publicación o difusión de información falsa y o tergiversada, perjudica el honor, prestigio o reputación de una persona... incita al odio y a la violencia, pone en peligro la estabilidad económica, el orden público, la salud pública o la seguridad soberana”⁵⁹. El lenguaje ambiguo de esta provisión no permite determinar con precisión la conducta prohibida, otorgando gran discrecionalidad a la autoridad para su aplicación. De igual manera, a diferencia del orden público o la salud pública, que son reconocidos como objetivos legítimos para restringir el derecho a asociarse, la estabilidad económica o la seguridad soberana no son reconocidos como tales⁶⁰.

Respecto a las sanciones aplicables es importante destacar la Ley de Ciberdelitos de Nicaragua. Una nota periodística da cuenta del caso del primer ciudadano nicaraguense nicaraguense que fue sentenciado con pena de cárcel con base en esta ley⁶¹. De conformidad con el Art. 30 de la Ley, el ciudadano fue acusado de difundir noticias falsas o tergiversadas como consecuencia de haber compartido información adversa al gobierno. Tanto la norma como la práctica en su aplicación repercuten negativamente en la capacidad de las OSC para ejercer sus derechos en el espacio digital por el efecto intimidatorio que estas generan. En este sentido, esta ley en particular representa un modelo preocupante que podría ser replicado en otros países que muestran tendencias a restringir injustificadamente las actividades de las OSC.

2.3 Financiamiento

*El Relator Especial ha subrayado reiteradamente que la capacidad para buscar, obtener y utilizar recursos —de fuentes nacionales, extranjeras e internacionales— es esencial para la existencia y la eficacia de las actividades de cualquier asociación, por pequeña que sea*⁶².

Esta sección explora cómo los marcos legales que regulan las OSC afectan su acceso a diversas fuentes de financiamiento domésticas e internacionales, además de su capacidad de dedicar más recursos a sus misiones como resultado del tratamiento fiscal preferencial. El derecho de las OSC “a poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción”⁶³ depende en gran medida de:

- Las condiciones aplicadas a las donaciones de cooperantes extranjeros;
- Las reglas del juego para acceder a fondos del estado;
- La permisibilidad de realizar actividades económicas para la sostenibilidad de la organización;
- Los incentivos fiscales a la filantropía;
- La posibilidad de resguardar recursos a través de exenciones de impuestos; y
- El acceso a instituciones financieras para ejecutar transacciones financieras

2.3.1 Regulación del financiamiento extranjero

[L]a CIDH considera que las agencias gubernamentales que canalicen los recursos de cooperación sólo pueden definir las áreas de ejecución de dichos recursos cuando se trate de cooperación gubernamental y de recursos internacionales que haya gestionado el Estado, y no así, cuando los recursos de cooperación internacional hayan sido gestionados por las propias organizaciones de la sociedad civil⁶⁴. La protección de la soberanía del Estado no es solamente una excusa ilegítima, sino un pretexto falaz que no satisface las necesidades de una “sociedad democrática”. La expresión “sociedad democrática” asigna a los Estados que imponen restricciones la carga de demostrar que las limitaciones no atentan contra los principios de “pluralismo, tolerancia y una mentalidad abierta”. Las asociaciones, sean financiadas por fuentes internas o extranjeras, deben, por tanto, ser libres de promover sus opiniones —aunque estas sean minoritarias y divergentes—, de poner en entredicho el historial de derechos humanos de los gobiernos o de realizar campañas en pro de la reforma democrática, sin ser acusadas de traición ni ser objeto de difamación⁶⁵.

Aparte de los requisitos de reportar la recepción de fondos que superen un monto determinado, tratados en la sección anterior, la mayoría de los países miembros de la OEA no establecen ningún prerrequisito para que las OSC accedan a fondos de fuentes internacionales. Con algunas excepciones, la legislación de los países caribeños se destaca por no imponer prerrequisitos a las OSC para beneficiarse de recursos extranjeros. Belice, por ejemplo, requiere que las OSC se registren para poder implementar proyectos del propio estado financiados por la cooperación internacional⁶⁶. Más problemática fue la ley establecida por la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (Ley APCI) que obligaba a las OSC que reciben financiamiento externo a registrarse, renovar su registro periódicamente y cumplir con extensos requisitos de supervisión⁶⁷. Esta ley ha sido reformada en 2016 y 2018 para eliminar los requisitos de registrarse y renovar el registro⁶⁸.

Hay varios ejemplos de leyes que prohíben a las OSC realizar ciertas actividades con el financiamiento extranjero, pero algunas prohibiciones son tan ambiguas que puede ser difícil para todas las partes – OSC, donante u oficial público – determinar

qué sería una violación. Entra en esta categoría el Decreto 04-2020 de Guatemala, lo que prohíbe a las OSC que reciben financiamiento externo realizar acciones que “alteran el orden público”, entre otras restricciones⁶⁹.

Finalmente, es preocupante una nueva tendencia en la región representada por la ya mencionada Ley de Regulación de Agentes Extranjeros de Nicaragua⁷⁰. Dicha Ley obliga a cualquier OSC, su personal clave e inclusive las empresas e individuos quienes se le prestan servicios publicitarios a registrarse como “agente extranjero” si reciban recursos de fuentes internacionales (Art. 3, 15). Los agentes extranjeros, aparte de ser estigmatizados, están sujetos a extensos controles como el registro previo de cualquier donación (Art. 9); supervisión continua (Art. 10); inhabilitación a “intervenir en cuestiones, actividades o temas de política interna y externa” (Art. 14); y sanciones severas como la disolución por violaciones (Art. 15). Esta Ley es contraria a los estándares de la libertad de asociación en materia de acceso al financiamiento y un modelo preocupante para la región.

2.3.2 Regulación del financiamiento público

La Comisión reitera que, como parte de la libertad de asociación, los Estados deben promover y facilitar el acceso de las organizaciones de derechos humanos a fondos de cooperación financieros tanto nacionales como extranjeros, así como abstenerse de restringir sus medios de financiación⁷¹.

Si bien se alienta a los Estados a que faciliten la concesión de financiación pública a las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en las esferas del desarrollo y la erradicación de la pobreza, los planes de financiación pública deben preservar la independencia de la sociedad civil con transparencia, imparcialidad y acceso indiscriminado para todas las organizaciones, incluidos los grupos informales⁷².

Según los estándares internacionales, los Estados tienen la obligación de promover el ejercicio de la libertad de asociación a través del acceso a fondos nacionales, incluyendo del fisco público. Sin embargo, muchos de los países miembros de la OEA carecen de leyes claras sobre la elegibilidad de OSC de acceder a fondos públicos, criterios imparciales de selección o

mecanismos transparentes de rendición de cuentas sobre el uso de estos fondos⁷³. En varios de los países estudiados, no existen normas relacionadas al acceso de OSC a fondos del Estado (por ejemplo, Jamaica y Nicaragua), mientras en otros, el único requisito es ser registrado con el Registro de Asociaciones o la Contraloría General de Cuentas (por ejemplo, Bolivia⁷⁴ y Guatemala⁷⁵). Estos vacíos legales pueden contribuir a casos notorios de corrupción que suelen ser costosos en cuanto al manejo efectivo de recursos del Estado, la percepción pública sobre el sector de OSC, además de las expectativas frustradas de las comunidades quienes se esperaba beneficiarse de los programas financiados por el Estado⁷⁶. Un reflejo extremo de estas consecuencias negativas se ve en México, donde en 2019 por orden ejecutiva, se ha prohibido el financiamiento público de las OSC⁷⁷.

“Según los estándares internacionales, los Estados tienen la obligación de promover el ejercicio de la libertad de asociación a través del acceso a fondos nacionales, incluyendo del fisco público.”

En contraste, varios países de la región han implementado marcos regulatorios para el financiamiento público de OSC que pueden ser considerados y adaptados para otros contextos. Por ejemplo, en la República Dominicana, el Reglamento 04-08⁷⁸ define categorías de asociaciones de beneficio público o de servicio a terceras personas, entre otras, elegibles para recibir fondos del Presupuesto Nacional (Art. 86). Para recibir financiamiento, deben estar inscritas en el Registro de Habilitación de Asociaciones Sin Fines de Lucro correspondiente a su área de actuación; desarrollar actividades en áreas declaradas como prioritarias por parte del gobierno (salud, educación, medio ambiente, entre otros); tener por lo menos un año de inscripción; y estar en cumplimiento con sus obligaciones administrativas, financieras y fiscales (Art. 89). Informes detallados entregados cada 90 días a la Oficina Nacional de Planificación sobre el uso de recursos públicos son requisitos para los desembolsos siguientes (Art. 93). El público tiene acceso a información sobre fondos del Estado otorgados a OSC dominicanas a nivel macro, y sobre la ubicación, objetivo y monto recibido por cada recipiente⁷⁹. Legislación brasileña⁸⁰ y chilena⁸¹ también sirven como modelos,

con requisitos claros de elegibilidad, evaluación técnica de propuestas y rendición de cuentas sobre el uso de los fondos públicos.

2.3.3 Permisibilidad de realizar actividades que generan ingresos económicos

*[L]as restricciones indebidas a los recursos de que disponen las asociaciones inciden en el disfrute del derecho a la libertad de asociación y también socavan los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales en su conjunto*⁸².

En toda la región, algunas OSC realizan actividades que generan ingresos económicos como opción de contribuir a su solvencia con mayor independencia de cualquier donante público o privado. Por lo general, los marcos legales de los países miembros de la OEA permitan estas actividades económicas por parte de las OSC, con tal que se dedican los ingresos a los fines de la organización⁸³ (aunque la aplicabilidad de impuestos sobre la renta por estas ganancias varía; ver la sección 2.3.5, abajo). En muy pocos casos – Brasil⁸⁴ y Chile⁸⁵, por ejemplo – la ley limita el libre ejercicio de la libertad de asociación al requerir que las actividades económicas sean relacionadas

al objetivo de la organización – por ejemplo, una asociación folclórica podría vender videos de sus propias actuaciones, pero no podría vender videos comerciales no vinculados al folclore, por más que inviertan todos los ingresos en los propósitos no lucrativos y de beneficio público de la asociación .asociación.

Mientras no hay tendencia generalizada en la región de limitar la permisibilidad de actividades económicas, existe interés creciente en la región en promover reformas legales para incentivar la generación de ingresos propios por parte de las OSC como manera de fortalecer su capacidad de realizar objetivos de interés público, incluyendo las “empresas sociales” sin fines de lucro⁸⁶.

2.3.4 Regulación de donaciones filantrópicas

La obligación positiva de los Estados de crear y mantener un entorno propicio para las asociaciones se extiende al fomento de la capacidad para solicitar, recibir y utilizar recursos. Algunos Estados cumplen esta obligación ampliando los privilegios fiscales a las asociaciones inscritas como entidades sin fines de lucro. Tales privilegios pueden incluir la exención del impuesto

sobre la renta (para la asociación receptora y para el donante)...⁸⁷.

La gran mayoría de los países miembros de la OEA contribuyen a su deber de promover la libertad de asociación a través de incentivos fiscales para la filantropía. La legislación varía mucho en la definición de los receptores elegibles para donaciones tratados favorablemente. La ley de Cuba, por ejemplo, califica únicamente a “centros de beneficencia, hospitalarios, docentes y deportivos, museos, [y] bibliotecas⁸⁸ para donaciones incentivadas, mientras la ley de Haití incluye una lista comprensiva de OSC elegibles para dichos incentivos⁸⁹.

2.3.5 Regulación de la carga tributaria

[C]omo parte de la promoción del derecho a defender los derechos humanos a través del ejercicio del derecho de asociación, la CIDH considera que los Estados deben procurar eximir de impuestos a las organizaciones dedicadas a la defensa y promoción de los derechos humanos⁹⁰.

En casi todos los países miembros de la OEA, por lo menos algunas OSC gozan de exenciones a impuestos

sobre al menos algunas categorías de ingresos, lo que efectivamente promueve su ejercicio de la libertad de asociación al permitirles dedicar más recursos a la ejecución de sus misiones⁹¹. Sin embargo, el impacto práctico en la promoción de la libertad de asociación de estas exenciones varía mucho entre los países, dependiendo de cuáles OSC son elegibles y cuáles categorías de ingresos son exentas.

Según las mejores prácticas internacionales, toda OSC constituida legalmente debería gozar de exención del impuesto sobre la renta por recursos recibidos por donantes o de agencias públicas a través de donaciones o contratos, al igual que cualquier cuota de membresía⁹². La legislación en la República Dominicana⁹³ y Honduras⁹⁴, por ejemplo, se acompaña con esta mejor práctica al establecer exenciones para las OSC formalmente constituidas. Varios países brindan exenciones del pago del impuesto sobre la renta para categorías de OSC registradas específicamente como de utilidad pública o como caridades, por ejemplo, Estados Unidos de América⁹⁵ y Perú⁹⁶. Expertos brasileños observan que los campos de trabajo de OSC elegibles para recibir la inmunidad tributaria (asistencia social, educación y salud) no

ha crecido en medio siglo, a pesar de la diversificación del sector en este tiempo. En contraste, la Ley de Impuesto Sobre la Renta de Venezuela ha sido reformada en la última década para eliminar de la lista de campos de trabajo elegibles las OSC dedicadas a actividades de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente; artísticas; educacionales, y culturales, entre otros, dejando solo instituciones benéficas y de asistencia social⁹⁷.

A diferencia de estos ejemplos, algunos países limitan exenciones a subsectores de OSC con actividades en campos específicos, por ejemplo, Chile, donde pueden ser reconocidas como exentas las OSC que “tengan por objeto principal y efectivo proporcionar ayuda, aun cuando no se otorgue de manera totalmente gratuita, de modo directo a personas de escasos recursos económicos que no alcanzan a satisfacer sus necesidades básicas”⁹⁸. OSC en varios países denuncian que funcionarios públicos aplican discrecionalidad excesiva al interpretar criterios ambiguos para negar el reconocimiento de organización exenta a ciertas organizaciones dedicadas a derechos humanos⁹⁹.

2.3.6 Acceso a servicios financieros

En muchos países, los Gobiernos han recurrido a las instituciones financieras para la aplicación de nuevas normas [para combatir el financiamiento del terrorismo], lo que ha aumentado drásticamente los niveles de cumplimiento normativo de las instituciones financieras... El exceso de regulación se ha traducido ... en la limitación del acceso [de OSC] a los servicios financieros, en la negativa a abrir o en el cierre arbitrario de cuentas bancarias, en demoras excesivas o en la cancelación de las transacciones, y en la imposición de onerosos requisitos administrativos. A juicio de la Relatora Especial, las facultades de reglamentación en la compleja esfera del terrorismo, en la que los requisitos jurídicos nacionales son en sí mismos demasiado amplios e imprecisos, no deberían dejarse en manos de entidades privadas que tal vez carezcan de la capacidad y los recursos necesarios para elaborar normas basadas en los derechos humanos que se ajusten plenamente al estado de derecho y ofrezcan suficientes mecanismos de rendición de cuentas en caso de que se produzcan denuncias de violaciones de los derechos humanos¹⁰⁰.

El ejercicio del derecho de solicitar, recibir y utilizar recursos requiere que las OSC tengan acceso a los servicios de instituciones financieras. Sin embargo, con frecuencia en la región, los bancos están negando o cerrando las cuentas de OSC o aumentando significativamente los requisitos administrativos para realizar trámites bancarios¹⁰¹ con el objetivo de minimizar su propio riesgo de ser sancionados, como explica la Relatora Especial en el extracto arriba. Estas determinaciones de instituciones financieras son influenciadas por las normas presentadas en la sección 2.2.4 de este documento¹⁰² que suelen describir a sus clientes sin fines de lucro como entidades de mayor riesgo de ser mal utilizadas para el financiamiento del terrorismo. El GAFI ha identificado esta tendencia, conocida como “aversión al riesgo financiero” o “bank de-risking” en inglés y la exclusión financiera de las OSC entre las más significativas consecuencias no intencionadas de la incorrecta implementación de sus estándares por países a nivel global¹⁰³.

2.4 Disolución

El Relator Especial de NNUU sobre Libertad de Asociación considera “*El derecho a la libertad de asociación es*

efectivo durante toda la vida de la asociación. La suspensión y la disolución involuntaria de una asociación son las formas más severas de restricción de la libertad de asociación. Por consiguiente, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, esas medidas solo podrán imponerse ante un riesgo claro e inminente de violación flagrante de la legislación nacional. Deberán ser estrictamente proporcionales a su legítimo objetivo y se utilizarán únicamente cuando sean insuficientes medidas menos severas". Al efecto, se "recomienda como mejores prácticas las disposiciones legislativas por las que se establece que solo podrán imponer medidas de carácter tan drástico tribunales independientes e imparciales"¹⁰⁴. El cese involuntario de actividades o la disolución de una OSC debe cumplir con las normas de derecho internacional. La autoridad gubernamental pertinente debe guiarse por pautas objetivas y restringir la toma de decisiones arbitrarias¹⁰⁵.

2.4.1 Disolución de las OSC

En concordancia con los estándares internacionales, la disolución de las entidades civiles sin fines de lucro, liquidación y disposición de sus

bienes siguen las previsiones de sus propios Estatutos, conforme expresa la voluntad de sus miembros. La terminación forzosa de la vida jurídica de las OSC o su disolución compulsiva se puede dar en los casos más graves que signifiquen una afectación a un interés legítimo reconocido en la Convención Americana y cuando aplicar medidas menos restrictivas no responde a la protección de ese interés legítimo. Por ello, es necesario establecer motivos, criterios y procedimientos claros para la disolución forzosa (pérdida de personalidad jurídica).

En esta materia, la legislación basada en Códigos Civiles de manera general deja claro que la disolución la deciden los miembros conforme a sus Estatutos, por declaración de quiebra o por resolución judicial, previo proceso judicial a demanda del Ministerio Público, cuando realicen actividades contrarias al orden público. Este es el caso de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, México, Paraguay y Uruguay¹⁰⁶. Por el contrario, los sistemas basados predominantemente en el derecho administrativo han establecido sistemas compulsivos, unilaterales y discrecionales de extinción de las personas colectivas sin ánimo de lucro, fijando causales ambiguas,

que pueden ser calificadas de forma imprecisa por autoridades del Ejecutivo que por la legislación derivada el ejecutivo tiene amplias capacidades sancionatorias.

En Ecuador, se aprobó el Decreto 193 de octubre de 2017, buscando racionalizar las causales de disolución, y se establece un derecho de impugnación frente a decisiones arbitrarias o que no garantizaron el debido proceso, pudiendo las “organizaciones sociales presentar las acciones administrativas y judiciales que consideren necesarias a fin de hacer valer sus derechos” (Art. 19). No obstante, se mantiene como causal de disolución la “Dedicarse a actividades de política partidista, reservadas a los partidos y movimientos políticos inscritos en el Consejo Nacional Electoral”, lo que podría tener una interpretación con el fin de restringir el derecho ciudadano de participar en los asuntos públicos. Asimismo, para el caso de liquidación de su patrimonio, elimina la Comisión Liquidadora nombrada por el gobierno para este efecto, y le devuelve a la organización este procedimiento, conforme a lo que disponga en sus Estatutos (Art. 22).

En Panamá, por ejemplo, la legislación vigente faculta al Estado a

tramitar la disolución forzosa de una organización que, sin previa presentación de pruebas, si ha sido acusada por un tercero de realizar actividades ilícitas¹⁰⁷. En Argentina, la ley permite ponerle fin a una OSC cuando sea *una medida necesaria o conveniente para los intereses públicos*. En Nicaragua, la disolución se podía establecer por Decreto de la Asamblea Legislativa Nacional por “violentar el orden público”¹⁰⁸, instancia política que en los últimos años ha cancelado más de 2,400 personerías jurídicas de organizaciones civiles en el país¹⁰⁹. En El Salvador, las OSC pueden ser disueltas por disposición de la Ley o por Decreto del Poder Ejecutivo, a pesar de la voluntad de sus miembros, si llegan a “comprometer la seguridad o intereses del Estado”, disposiciones legales que dejan un amplio margen de discreción política e incertidumbre institucional.

En una mayoría de la legislación de los países del Caribe, conforme a su vertiente basada en el *common law*, todas las personas jurídicas reconocidas de acuerdo con el *Companies Act* vigente en cada país, están sujetas a las mismas reglas de disolución forzosa previstas para el resto de los tipos de sociedad. En el caso de situaciones de disolución por orden

judicial, se prevén como causales: (a) autorización de la propia entidad en ser disuelta por decisión judicial; (b) inactividad por un año; (c) incapacidad de pagar sus deudas; y (d) como resultado de una inspección donde se verificó que la situación patrimonial, así como el caso de (e) comisión de hechos ilícitos, además del no pago de impuestos y tasas establecidas; asegurándose las garantías del debido proceso y defensa efectiva.

En estos países, la mayoría de las causales establecidas tienen que ver con la calidad de la gestión institucional de las OSC, y no con su desempeño programático, cuyas evaluaciones suelen ser más políticas. Aquí, se pueden citar los casos de Antigua y Barbuda, Bahamas, Dominica, Guyana y Grenada, así como Canadá y Belice. A contramano, el caso de Jamaica, donde no mantener 21 miembros al menos es causal de disolución de benevolent societies bajo la Friendly Societies Act.

2.4.2. Sanciones proporcionales y debido proceso

Las sanciones impuestas por los Estados a las OSC sólo se aplicarán en circunstancias limitadas y previamente establecidas. Dichas sanciones

serán progresivas, necesarias y estrictamente proporcionales. Sólo se aplicarán por un tribunal imparcial, independiente y competente, por causas razonables, motivadas y probadas dentro de un proceso judicial, con todas las garantías de debido proceso. En el caso de sanciones declaradas ilícitas, las OSC tendrán derecho a la reparación del daño sufrido, incluyendo medidas de restitución y garantías de no repetición.

Existe un nuevo grupo de causales que ha venido tensionando el régimen de disolución en varios países de la región, en relación con establecer la sanción de disolución forzosa como efecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas condenadas por legitimación de ganancias ilícitas y financiamiento del terrorismo. Por una parte, estas sanciones pueden ser impuestas por la vía administrativa, por autoridades del Ejecutivo, como son las Unidades de Investigación Financiera, que en varios casos no suelen tener las condiciones de independencia, ni cumplir las garantías del debido proceso. En este ámbito de ambigüedad, se requieren avanzar en criterios y procedimiento precisos, que sea conformes con los estándares internacionales de la GAFI.

En Nicaragua, la Ley N.º 1127 que reforma la Ley N.º 1115, Ley General de Regulación y Control de Organismos Sin Fines de Lucro (OSFL) del 16 de agosto de 2022 establece que la Dirección General de Registro y Control de OSFL, podrá aplicar las sanciones administrativas de multa, intervención y suspensión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan. Asimismo, se dispone que es atribución del Ministerio de Gobernación la cancelación de la personalidad jurídica de la OSFL nacionales, por causales tan vagas como “promover campañas de desestabilización” o desarrollar “actividades partidarias”, que están siendo usada de manera arbitraria con el fin de restringir los derechos de asociación y participación en los asuntos públicos; casos en los que además el patrimonio de la OSFL pasa forzosamente al Estado, lo que constituye una confiscación como castigo político.

Finalmente, un aspecto crítico a resaltar en cuanto la disolución compulsiva o cancelación de la personalidad jurídica de las OSC, es cuando esta viene como efecto sancionatorio, agravado cuando las OSC no tuvieron previamente la posibilidad de impugnar, controvertir o apelar

esa decisión con las debidas garantías procesales; así como cuando se esa sanción no contemplaba un régimen de sanciones intermedias de tipo progresivo, gradual y/o proporcional a la infracción observada, como por ejemplo, el caso de Guatemala, donde el Decreto 04-2020 autoriza la imposición de sanciones administrativas, incluida la cancelación de la organización, de conformidad a circunstancias establecidas en un simple reglamento y a criterio de un autoridad administrativa, sin un proceso de revisión judicial previo¹¹⁰.

3. Conclusiones y recomendaciones

En este estudio del marco legal nacional se puede concluir que existen diversos modelos normativos en los Estados parte de la OEA para regular la creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de las entidades civiles sin fines de lucro, pero también algunos principios, comunes y mínimos necesarios para garantizar el derecho de todas las personas de participar libremente y ejercer la libertad de asociación.

En varios países de la región se ha podido identificar que el sistema de

“...el sistema de notificación para el reconocimiento de la personalidad jurídica garantiza mejor el derecho y libertad de las personas a crear, formar y registrar una asociación civil, ya que se funda en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de sus miembros. Por otra parte, este informe también muestra que cuando el procedimiento de creación y registro de una entidad civil es regulado por un marco legal de tipo administrativo, bajo tuición de los órganos ejecutivos, existe mayor margen para la discrecionalidad y la interferencia política sobre la vida interna de las organizaciones de la sociedad civil.”

notificación para el reconocimiento de la personalidad jurídica garantiza mejor el derecho y libertad de las personas a crear, formar y registrar una asociación civil, ya que se funda en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de sus miembros. Por otra parte, este informe también

muestra que cuando el procedimiento de creación y registro de una entidad civil es regulado por un marco legal de tipo administrativo, bajo tuición de los órganos ejecutivos, existe mayor margen para la discrecionalidad y la interferencia política sobre la vida interna de las organizaciones de la sociedad civil.

También se puede concluir que una ley congruente con los estándares internacionales en sí misma tampoco significa un sistema registral idóneo si no se implementa de manera correcta – por ejemplo, el caso de Honduras donde ha habido un esfuerzo para mejorar la implementación de una ley bastante favorable, pero sus prácticas no siempre han sido las más transparentes y conforme a las reglas establecidas. Así, el marco legal primario, como los Códigos Civiles de muchos países, suelen establecer un marco más neutral, pero la legislación derivada como aquellas normas de Registro de Agentes Extranjeros y la Ley Antilavado de Activos y Contra el Financiamiento del Terrorismo cambian la naturaleza del marco legal. A nivel práctico, como se aprecia en varios países, esta normativa es mucho más influyente en la operación, financiamiento y disolución de asociaciones.

- ¹ Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai presentado al Consejo de Derechos Humanos el 21 de mayo de 2012 (A/HRC/20/27), en adelante Informe del Relator Especial de 21 mayo de 2012, párrs. 63 y 64.
- ² OSCE and Council of Europe's Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Guidelines on Freedom of Association, Warsaw, 2015, ISBN 978-92-9234-906-6
- ³ ECHR, United Communist Party of Turkey and Others vs. Turkey, núm. 19392/92, párr. 33.
- ⁴ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Directrices sobre la libertad sindical y de reunión en África, 10 de noviembre de 2017.
- ⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, en adelante CIDH, Segundo Informe. 31 diciembre 2011, págs. 66 y 243.
- ⁶ Además de la Ley 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, y el Decreto 110/79 sobre concesión de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones.
- ⁷ Ley de Asociaciones 218 de 8 de agosto de 1939 y sus reformas, y también por el Reglamento a la Ley de Asociaciones (Decreto Ejecutivo 29496 de 17/04/2001). Las fundaciones son reguladas por la Ley de Fundaciones y sus reformas y también por el Reglamento a la Ley de Fundaciones (Decreto Ejecutivo 36363 de 17/04/2001).
- ⁸ Decreto 894 del 21 de noviembre de 1996 Ley de asociaciones y fundaciones sin fines de lucro.
- ⁹ Decreto 32 de 2011, de la Ley Especial de Fomento para las ONGD, y el Decreto 253 de 2013, de la Ley de Patronatos y Asociaciones Comunitarias.
- ¹⁰ Ley Federal de Fomento a las Actividades realizadas por las Organizaciones de la Sociedad civil, y su Reglamento, complementada por las leyes estatales de asistencia privada y similares, que rigen la constitución y funcionamiento de esas instituciones en casi la mitad de los estados de México (15/32) incluyendo la Ciudad de México. Estas leyes incluyen a las fundaciones como parte de ese tipo de instituciones.
- ¹¹ Véase el Decreto Ejecutivo 62 de 2017. Además, la Ley 25 de 1995 establece reglas específicas a las fundaciones de interés privado.
- ¹² Ley 17163 de Asociaciones Civiles y Fundaciones.
- ¹³ Las "Company Act" y el "Friendly Societies Act" constituyen las principales leyes de constitución de entidades privadas, tanto lucrativas como sin fines de lucro.
- ¹⁴ Las OSC son reguladas por el Non-Profit Organisations Act, las fundaciones por el Foundations Act del año 2008 y sus reformas, y las compañías sin fines de lucro son reguladas por el Companies Act del año 2010.
- ¹⁵ Section 2 of the Charities Act, Cap. 243, año 1985.
- ¹⁶ Las OSC en Belize son reguladas por el Non-Governmental Organizations Act.
- ¹⁷ "Company Act" y la "Non-Government Organisations Act" (la Ley de ONGs).
- ¹⁸ La Non-Governmental Organization Act 2006. También existe la compañía sin fines de lucro, según el Companies Act del año 2008, además de las reglas del NGO Act (Art. 36 (9)).
- ¹⁹ Las reglas federales para las OSC se rigen por el "Not-for-profit Corporations Act" (S.C. 2009, c. 23).

²⁰ El régimen legal argentino en esta materia se basa en el Código Civil, pero las normas que regulan el registro son provinciales, con requisitos son muy dispersas e implementadas con bastante discrecionalidad.

²¹ Ley 351 y por el Decreto Supremo 1597 de 2013, y sus reformas.

²² Ley de 8.06.1921; Ley de 23.07.1934 modificada por la Ley de 29.09.1953 (Fundaciones); Decreto de 13.12.1982 modificada por el Decreto de 14.09.1989 (ONG de asistencia al desarrollo).

²³ Ley de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo (Decreto 02-2003 y Decreto 04-2020). Además, del Acuerdo Gubernativo de julio de 2021, del Reglamento de ONG para el desarrollo.

²⁴ Decreto Ejecutivo 193 de 2017.

²⁵ Las asociaciones y fundaciones son reguladas por la Ley No. 147, Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro. Las OSC que reciben fondos de entidades extranjeras son además reguladas por la Ley No. 1040, Ley de Regulación de Agentes Extranjeros y su Normativa, Acuerdo Ministerial No. 03-2021.

²⁶ La Ley 122-05 para la Regulación y Fomento de las Asociaciones Sin Fines de Lucro, regulada por el Reglamento no. 40-08, de fecha 16 de enero de 2008.

²⁷ Decreto 677 de 1985, Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado y el Control de los Aportes Públicos a las Instituciones Privadas Similares. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 3.574. Ley en Defensa de la Soberanía y Autodeterminación Nacional.

²⁸ CIDH, Segundo Informe, paras. 157 and 163 y Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 158.

²⁹ Ibid., párr. 541 (recomendación 18.)

³⁰ Informe del Relator Especial de 21 mayo de 2012.

³¹ De conformidad con el Art. 300 inc. 13 de la Constitución Política del Estado, cada nivel departamental es el encargado de otorgar la personalidad jurídica de las Organizaciones sin Fines de Lucro que operan en un solo departamento del país.

³² CIDH, Segundo Informe, párr. 163.

³³ Ibid., párr. 165.

³⁴ Informe del Relator Especial de 21 de mayo de 2012, párr. 64.

³⁵ Una organización de beneficio público es una entidad organizada y operada principal o exclusivamente para el beneficio del público o de algún segmento del público. Una organización de beneficio mutuo es una entidad organizada y operada principalmente para el beneficio mutuo de un grupo de individuos. Ver también Guía para las leyes que afectan a las organizaciones cívicas, OSI/ICNL (2004) p. 102.

³⁶ Código Civil Federal de México, Art. 2670.

³⁷ Código Civil de Colombia, Art. 633.

³⁸ Reglamento No. 40-08, de fecha 16 de enero de 2008, para la Aplicación de la Ley No. 122-05, sobre Regulación y Fomento de las Asociaciones sin Fines de Lucro en la República Dominicana, G. O. No. 10457 del 18 de enero de 2008, Art. 32.

³⁹ Ver Companies Act, section 328 de Dominica, y Company Act, section 328 de Grenada.

40. Decreto 4-2020 publicado el 28 de febrero de 2020, en adelante “Decreto 4-2020” publicado el 28 de febrero de 2020, Art. 13.
41. Informe del Relator Especial del 21 de mayo 2012, párr. 62.
42. Ver Art. 3 y 4 de la Ley No. 1040, Ley de Regulación de Agentes Extranjeros, publicada el 19 de octubre de 2020.
43. Ibid. Art. 13 y 16.
44. CIDH, Segundo informe, párr. 177.
45. Informe del Relator Especial de la ONU Maina Kiai sobre los Derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, A/HRC/23/39, (24 de abril de 2013) en adelante Informe del Relator Especial del 24 de abril de 2013. párr. 38.
46. Ley No. 20.628, Ley de Impuestos a las Ganancias, Art. 18.
47. Ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 199.
48. Reglamento No. 40-08, de fecha 16 de enero de 2008, para la Aplicación de la Ley No. 122-05, sobre Regulación y Fomento de las Asociaciones sin Fines de Lucro en la República Dominicana, G. O. No. 10457 del 18 de enero de 2008, Art. 160.
49. Friendly Societies Act, Art. 26.
50. Código Civil, Art. 557 y 557-1.
51. Ley 20-500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, Art. 17.
52. Ver, por ejemplo, ICNL, Global NPO Coalition en FATF, Mapeo sobre el riesgo de financiamiento de terrorismo en las organizaciones sin fines de lucro entre los países miembros del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica: Informe regional del sector de organizaciones sin fines de lucro, p. 48-53, <https://www.icnl.org/wp-content/uploads/Regional-Report-for-Final-09.24.2021.pdf> .
53. Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), Estándares Internacionales Sobre La Lucha Contra El Lavado de Activos y El Financiamiento del Terrorismo y La Proliferación, Nota Interpretativa de la Recomendación 8, Secc. A.2, Febrero 2012 (Actualizado en octubre de 2021),
54. Ibid., Secc. B.4(d).
55. Informe del Relator Especial de la ONU Maina Kiai sobre los Derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, A/69/299, (4 de agosto de 2015), en adelante Informe del Relator Especial del 4 de agosto de 2015. párr. 43.
56. Ibid., párr. 46.
57. Ver Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Art. 16; PIDCP Art. 2.
58. Informe del Relator Especial de la ONU Maina Kiai sobre los Derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, A/HRC/41/41, del 17 de mayo de 2019, párr. 11.
59. Ley No. 1042, Ley Especial de Cibercriminos, publicada el 30 de octubre de 2020. Art. 30.
60. Ver CADH Art. 16 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) Art. 22.
61. Redacción Confidencial. Todas las “pruebas” y “testigos” para condenar a Margarito Alvarenga son policías orteguistas. Confidencial. 23 de enero 2022.
62. Informe del Relator Especial del 4 de agosto de 2015, párr. 67.
63. Ver Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 586.

- ^{64.} CIDH, Segundo Informe, párr. 183.
- ^{65.} Informe del Relator Especial del 24 de abril de 2013. A/HRC/23/39, párr. 32.
- ^{66.} Non-Governmental Organizations Act, Chapter 315, Edición revisada 2000. Art. 9,4.
- ^{67.} Ley No. 28925, Ley que Modifica la Ley No. 27692, Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional -APCI. Se puede comparar la Ley APCI con una serie de anteproyectos de Ley de Cooperación Internacional en Venezuela – debatidas en la legislatura a partir del 2006, incluyendo en 2021 – las que obligarían a que toda donación de fuente internacional pasara por una agencia del gobierno venezolano para ser desembolsado.
- ^{68.} Ver <https://www.icnl.org/resources/civic-freedom-monitor/peru>.
- ^{69.} Art. 13 del Decreto 04-2020.
- ^{70.} Ley de Regulación de Agentes Extranjeros de Nicaragua. Notar también un proyecto de ley sobre el mismo tema debatida en la Asamblea Nacional de El Salvador en 2021.
- ^{71.} CIDH, Segundo Informe, párr. 179.
- ^{72.} Informe del Relator Especial de la ONU Clement Nyaletsossi Voule sobre los Derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación A/74/349, 11 de septiembre de 2019, párr. 53. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/74/349>.
- ^{73.} Ídem.
- ^{74.} Decreto Supremo 29308 publicado el 10 de octubre de 2007, Art. 8.
- ^{75.} Ver <https://www.contraloria.gob.gt/index.php/asociaciones-fundaciones-y-ongs/>.
- ^{76.} Representantes de OSC y académicos consultados de varios países resaltaron la percepción compartida de que OSC estrechamente vinculadas a políticos o al Estado mismo accedan a fondos según otras reglas del juego, frecuentemente otorgados a la discreción de un solo ministro.
- ^{77.} Circular No. 1 del Presidente Andrés Manuel López Obrador, 14 de febrero de 2019.
- ^{78.} Reglamento No. 40-08, 16 de enero de 2008, para la Aplicación de la Ley No. 122-05, sobre Regulación y Fomento de las Asociaciones sin Fines de Lucro en la República Dominicana.
- ^{79.} Ver: <https://mepyd.gob.do/casfl>
- ^{80.} Ley 13.019 de julio de 2014.
- ^{81.} La Ley 19.862 Establece Registros de las Personas Jurídicas Receptoras de Fondos Públicos, publicada el 8 de febrero de 2003.
- ^{82.} Informe del Relator Especial del 24 de abril de 2013, párr. 9.
- ^{83.} Ver, por ejemplo, la Ley de Asociaciones costarricense, que establece, “Las asociaciones pueden adquirir toda clase de bienes, celebrar contratos de cualquier índole y realizar operaciones lícitas de todo tipo, encaminadas a la consecución de sus fines”. Art. 26.
- ^{84.} Ver Código Civil 2002 - Ley No. 10.406/2002, Art. 53.
- ^{85.} Ver Código Civil de Chile.
- ^{86.} Ver por ejemplo, Da Breo and Babb, Caribbean Policy Development Centre, Status of NGO Legislation in CARICOM: Towards a Policy Framework for Informing Enabling NGO Legislation, p. 43-45 (2018), disponible en: <https://cpdcngo.org/download/cpdc-status-of-ngo-legislation-in-caricom-final-document/>); e ICNL, Blurred Lines and Tough Choices: Jamaica’s Complex Legal Environment for Civil Society Organizations and Social Enterprises and Implications for Reforms (2018),

- ^{87.} Informe del Relator Especial del 4 de agosto de 2015, párr. 79.
- ^{88.} Ley No. 113, Ley del Sistema Tributario, Art. 200(d).
- ^{89.} Son elegibles las fundaciones sin fines de lucro, instituciones caritativas, organizaciones de asistencia del desarrollo, y todas las instituciones registradas con fines sociales, culturales, educativos, y de salud, entre otras. Décret sur L'impôt sur le Revenu, Art. 24.13.
- ^{90.} CIDH, Segundo informe, párr. 187.
- ^{91.} Según nuestra revisión de escritorio, las pocas excepciones son países del Caribe. Bahamas, no cobra impuestos sobre la renta a ningún sector, mientras Grenada y St. Vincent no proporcionan exenciones del impuesto sobre la renta a las OSC.
- ^{92.} Guía para las leyes que afectan a las organizaciones cívicas, p. 78-79.
- ^{93.} Ley No. 122-05 Regulación y Fomento de las Asociaciones Sin Fines de Lucro de la República Dominicana, Art. 50.
- ^{94.} Decreto 170 de 2016 de Honduras, Art. 7(1).
- ^{95.} Ley de Impuestos, Art. 501(c)(3).
- ^{96.} Ley del Impuesto a la Renta, Art. 18 (c).
- ^{97.} Ley de Impuesto sobre la Renta.
- ^{98.} Ley sobre Impuesto de Ganancias, Art. 40, 4to.
- ^{99.} Ver, por ejemplo, Huerta Urías, Vázquez del Mercado Castro y Ablanedo Terrazas, *El Entorno Legal de las Organizaciones de la Sociedad Civil en México. Análisis y Recomendaciones*, p. 4-5.
- ^{100.} 199 Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Fionnuala Ní Aoláin. A/HRC/40/52, 1 de marzo de 2019, Párr. 51-52 (citas internas omitidas).
- ^{101.} Ver International Center for Not-for-Profit Law/Global NPO Coalition on FATF, Mapeo sobre el riesgo de financiamiento de terrorismo en las organizaciones sin fines de lucro entre los países miembros del Grupo de Acción Financiera Internacional Financiera de Latinoamérica: Informe regional del sector de organizaciones sin fines de lucro, pp. 54-57. Disponible en: <https://www.icnl.org/wp-content/uploads/Regional-Report-for-Final-09.24.2021.pdf>
- ^{102.} Considerar, por ejemplo, la Providencia Administrativa No. 002-2021 (Art. 6), publicada en Gaceta Oficial No. 42.116 del 29 de abril de 2021 de Venezuela, la que sujeta a toda organización sin fines de lucro a requisitos intensificados como sujetos obligados para controlar la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo,
- ^{103.} Ver FATF, High-Level Synopsis of the Stocktake of the Unintended Consequences of the FATF Standards (2021), disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Unintended-Consequences.pdf>.
- ^{104.} Informe del Relator Especial de 21 mayo de 2012.
- ^{105.} WMD/ICNL, Informe: Defensa de la Sociedad Civil, junio de 2012, p. 6.
- ^{106.} Luis Castillo Paulino, Compendio sobre Asociaciones Civiles, ANC, Lima, junio de 2012.
- ^{107.} El Art. 15 del Decreto Ejecutivo 524 del 2005) señala: “Cuando se tenga información que una entidad con personería jurídica se dedique a actividades ilícitas o contrarias a los objetivos y fines establecidos en su estatuto, el Ministerio de Gobierno y Justicia realizará los

trámites necesarios, para la revocatoria o disolución de la Personería Jurídica otorgada”, lo que es sumamente amplio y discrecional, ya que además no especifica el procedimiento al respecto.

^{108.} Esta facultad estaba establecida en la Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro N°147 del 19 de marzo de 1992. Actualmente el Ministerio de Gobernación es quien ostenta la atribución de cancelar las personerías jurídicas de los OSFL de conformidad con la Ley N.º 1127 que reforma la Ley N.º 1115, Ley General de Regulación y Control de Organismos Sin Fines de Lucro (OSFL) del 16 de agosto de 2022.

^{109.} Artículo 66. Régimen de Nicaragua Ilegaliza otras 63 ONG, en la lista hay organizaciones evangélicas y humanitarias, octubre 5, 2022. <https://www.articulo66.com/2022/10/05/ilegalizacon-ong-nicaragua-gobernacion/>

^{110.} Decreto 4 -2020 y Código Civil, Decreto Ley N.º 106.

Sobre el autor

Ramiro Gastón Orias Arredondo



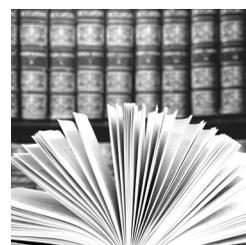
Ramiro Gastón Orias Arredondo, abogado boliviano, tiene más de 30 años de experiencia trabajando en programas de investigación, capacitación e incidencia pública en materia de acceso a la justicia, reforma penal, derechos humanos y derecho internacional. Es Miembro del Comité Jurídico Interamericano desde 2021. Asimismo, como consultor internacional, ha participado en proyectos de desarrollo de capacidades y fortalecimiento del Estado de derecho, la independencia judicial y la promoción de los derechos humanos en la región. En la actualidad, Ramiro Orias es Oficial de Programas Senior

en la Due Process of Law Foundation (DPLF), una organización civil regional de derechos humanos, con sede en Washington DC, con un trabajo extendido en AL que promueve reformas para un mejor acceso a la justicia y la independencia judicial, involucrando a múltiples actores como organizaciones de la sociedad civil, abogados, defensores públicos, jueces y medios de comunicación.

El Sr. Orias ha participado en diversas iniciativas de DPLF en Bolivia, El Salvador, Nicaragua, Venezuela y México.

Sumario

- I.** *Resumen;*
- II.** *Introducción;*
- III.** *Los principios rectores de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos;*
- IV.** *Aproximaciones iniciales a la problemática de la atribución de conductas en el derecho internacional;*
- V.** *El elemento subjetivo del hecho ilícito internacional;*
- VI.** *Las conductas de los gobiernos de facto;*
- VII.** *El caso de los movimientos insurreccionales;*
- VIII.** *Personas que actúan de hecho como agentes estatales;*
- IX.** *Personas que actúan por cuenta del Estado por ausencia total de autoridad;*
- X.** *A manera de conclusión;*
- XI.** *Bibliografía.*



La atribución de las conductas bajo el régimen de la responsabilidad internacional de los Estados: Nuevos desafíos para el derecho internacional contemporáneo

Dante Mauricio Negro Alvarado¹

Resumen

El presente trabajo tiene como propósito examinar la institución de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos en el marco de la realidad contemporánea, particularmente en lo que se refiere a la constitución del elemento subjetivo del hecho ilícito internacional, es decir, a las normas que describen las condiciones bajo las cuales se puede atribuir una conducta al Estado. Se pone de relieve la importancia del régimen de la responsabilidad internacional en general, haciendo referencia a los principios rectores de dicha institución, uno de los cuales establece que el hecho ilícito está compuesto, entre otros, precisamente por la atribución efectiva de una conducta. A este respecto, el trabajo analiza los diversos supuestos desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina y presenta casos recientes que ilustran el impacto de dicha atribución en la práctica.

1. Introducción

Los Estados, como los sujetos primarios del derecho internacional, tienen la facultad de crear normas internacionales. De estas normas emanan obligaciones jurídicamente vinculantes. Por ello, son los Estados los principales interesados en que dichas normas sean respetadas por todos o al menos la mayor cantidad de miembros de la comunidad internacional adecuando su conducta a las obligaciones emanadas de dicho ordenamiento jurídico. De allí la necesidad de contar con un régimen que determine cuáles son las eventuales consecuencias del incumplimiento de tales obligaciones, es decir, con un régimen sobre responsabilidad internacional.

En sus orígenes, el régimen de la responsabilidad internacional estuvo relacionado principalmente con el daño que un Estado causaba en su propio territorio a nacionales extranjeros, por

“Hoy en día, el régimen de la responsabilidad internacional se extiende a todos los hechos ilícitos cometidos por el Estado² y actualmente no solo los Estados pueden invocar la responsabilidad internacional de otros Estados, sino que también los individuos pueden estar legitimados para hacerlo en algunas circunstancias, principalmente con relación a la violación de las normas de protección y garantía de los derechos humanos.”

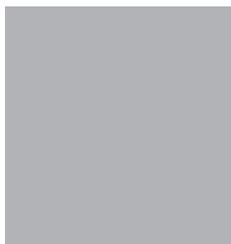
ejemplo, cuando sus propiedades eran expropiadas de manera discriminatoria sin una compensación adecuada. Hasta el día de hoy, muchos manuales de derecho internacional público tienen secciones completas dedicadas al trato a los extranjeros y sus bienes y a la protección diplomática. Con el paso del tiempo, dicho régimen de responsabilidad se comenzó a aplicar también a las violaciones de normas internacionales cometidas en el transcurso de conflictos interestatales, por ejemplo, aquellas referidas al derecho de guerra y al derecho internacional

humanitario. Hoy en día, el régimen de la responsabilidad internacional se extiende a todos los hechos ilícitos cometidos por el Estado² y actualmente no solo los Estados pueden invocar la responsabilidad internacional de otros Estados, sino que también los individuos pueden estar legitimados para hacerlo en algunas circunstancias, principalmente con relación a la violación de las normas de protección y garantía de los derechos humanos³.

Tal ha sido la importancia que se le ha atribuido siempre al tema de la responsabilidad internacional de los Estados que la Comisión de Derecho Internacional (en adelante “CDI”) de las Naciones Unidas (ONU)⁴ lo incluyó en su agenda de trabajo desde su primer período de sesiones celebrado en 1949 iniciando su estudio en 1955. Un hito importante que se produjo a lo largo de todo este período fue la elección en 1969 como relator del tema del italiano Roberto Ago. A partir de este momento la CDI adoptó una importante distinción entre lo que denominó “normas primarias” y “normas secundarias” del derecho internacional. Las normas primarias serán todas aquellas normas que imponen obligaciones sustantivas en el marco del derecho internacional como, por ejemplo, las normas

**Dante Mauricio
Negro Alvarado**

La atribución de las conductas bajo el régimen de la responsabilidad internacional de los Estados: Nuevos desafíos para el derecho internacional contemporáneo



relativas a la extradición, la prohibición del genocidio, la inmunidad de las sedes diplomáticas, la cooperación jurídica internacional, etc. Las normas secundarias, por el contrario, no impondrán obligaciones sustantivas, sino que tendrán como propósito describir las condiciones bajo las cuales surge la responsabilidad internacional de un Estado a partir del momento en que se considera que se ha generado un *hecho ilícito internacional*. El trabajo de la CDI se centró esencialmente en este tipo de normas.

La CDI culminó sus trabajos en 2001 con una propuesta de proyecto de artículos que fue remitido a la Asamblea General de la ONU. Sin embargo, la Asamblea General no adoptó un tratado sobre la materia, sino que únicamente tomó nota del proyecto mediante resolución 56/83. No obstante ello, es innegable la importancia de este documento puesto que recoge

la práctica estatal, la jurisprudencia y la doctrina existentes en esta temática, de allí la necesidad de conocerlo y entenderlo correctamente pues tiene vocación de aplicación a todas las situaciones en que podríamos eventualmente estar ante la violación de una norma del derecho internacional.

En efecto, luego de la adopción de la resolución 56/83, la jurisprudencia no ha perdido ocasión de referirse al proyecto de la CDI, lo que reafirma la relevancia de dicho documento. Por ejemplo, en el caso *Prosecutor vs. Dragan Nikolic* resuelto por el Tribunal para la Antigua Yugoslavia el 18 de diciembre de 2003, dicha corte reconoció la aplicación por analogía a las organizaciones internacionales de las disposiciones sobre la responsabilidad de los Estados tal como quedaron establecidas por la CDI (Barboza, 2008, p. 388-389). Un año después, en la opinión consultiva de 9 de julio

“Las normas primarias serán todas aquellas normas que imponen obligaciones sustantivas en el marco del derecho internacional...”

de 2004 de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados, este tribunal determinó que las consecuencias jurídicas de las violaciones por parte de Israel de sus obligaciones internacionales eran precisamente las que estaban descritas en dicho proyecto (Casanovas, 2016, p. 881-885).

El estudio del régimen de la responsabilidad internacional estatal por hechos ilícitos es sumamente amplio y técnico. Dentro de los distintos temas que aborda el proyecto de la CDI, uno que es particularmente complejo y no lo suficientemente analizado es el referido a las normas que establecen qué conductas u omisiones pueden ser efectivamente atribuidas a un Estado a efectos de generar su responsabilidad internacional. Por cuestiones de espacio y porque la temática amerita un análisis pormenorizado, el presente trabajo se abocará al estudio

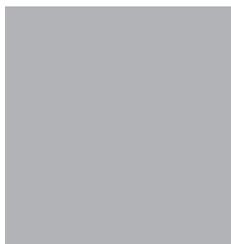
y desarrollo de esas normas de atribución sin perjuicio de realizar un breve análisis general de la institución de la responsabilidad internacional con el propósito de describir el marco conceptual dentro del cual operan y se aplican aquellas. Dejaremos para otra oportunidad el estudio de los otros componentes del régimen con el objetivo de ser tratados con la profundidad que merecen.

2. Los principios rectores de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos

La manera como opera el régimen de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos está resumida en sus principios rectores (artículos 1, 2 y 3 del proyecto de la CDI). Estos principios establecen en primer lugar que la comisión de todo hecho internacionalmente ilícito generará la responsabilidad internacional del Estado, salvo que exista alguna circunstancia que excluya su ilicitud. Esto quiere decir que no todo hecho ilícito internacional generará necesariamente responsabilidad internacional pues existen causas que pueden impedirlo. Un ejemplo clásico en que la ilicitud de un hecho queda excluida se produce cuando un Estado actúa en legítima

**Dante Mauricio
Negro Alvarado**

La atribución de las conductas bajo el régimen de la responsabilidad internacional de los Estados: Nuevos desafíos para el derecho internacional contemporáneo



defensa. En este caso, a pesar de haberse violado una norma de derecho internacional con la conducta del Estado en cuestión, a saber, con el uso de la fuerza contra el Estado originalmente agresor, y haberse generado un hecho ilícito internacional, no surgirá la responsabilidad internacional⁵.

Un segundo principio nos indica que el hecho internacionalmente ilícito estará constituido por dos elementos, a saber, la violación de una obligación internacional que deberá estar en pleno vigor y ser vinculante para el Estado en cuestión (elemento objetivo), y la atribución efectiva de esa conducta a dicho Estado (elemento subjetivo). Son las normas secundarias del derecho internacional, objeto del régimen de la responsabilidad internacional, las que describen la manera como se han de constituir ambos elementos, no siendo relevante para ello lo que determine el derecho interno de los países⁶.

Como ya señalamos, nuestro trabajo se referirá exclusivamente al tema de la atribución de una conducta u omisión al Estado (elemento subjetivo). Al respecto debemos destacar que dicha atribución no prejuzgará la legalidad o ilegalidad de ese comportamiento (determinado por las normas referidas al elemento objetivo del hecho ilícito internacional). Si bien se reconoce que suele haber una estrecha relación entre el fundamento de la atribución y la obligación supuestamente infringida, es únicamente cuando dichas conductas plenamente atribuibles violan además una obligación internacional a cargo del Estado que se entenderá constituido el hecho ilícito internacional y se generará la responsabilidad internacional.

“Las normas secundarias, por el contrario, no impondrán obligaciones sustantivas, sino que tendrán como propósito describir las condiciones bajo las cuales surge la responsabilidad internacional de un Estado a partir del momento en que se considera que se ha generado un hecho ilícito internacional.”

3. Aproximaciones iniciales a la problemática de la atribución de conductas en el derecho internacional

Para entender los alcances del tema, empezaremos presentando un caso hipotético en el que no cabe duda de que una conducta es atribuible a un Estado. Así, cuando las tropas armadas del Estado A ingresan en el territorio del Estado B violando de esta manera su soberanía, la conducta de dichas fuerzas militares será claramente atribuible al Estado A. Los mismo ocurre si dicho Estado, utilizando esas fuerzas militares, anexa ilegalmente territorios de otros Estados. ¿Pero qué sucede si dichas tropas

militares se retiran 24 horas después sin haber causado daño alguno? ¿Qué sucede si estas fuerzas militares actúan sin instrucciones, o contravienen y/o sobrepasan las instrucciones recibidas? ¿Dichas conductas podrían seguir siendo consideradas atribuibles al Estado A? ¿Qué sucede en los casos en que los ataques son realizados mediante la utilización de drones que operan de manera autónoma con base en la inteligencia artificial, y en donde no queda del todo claro el nexo causal entre dicha acción y una persona humana?

Vayamos a un caso un poco más complejo. Una empresa transnacional celebra un acuerdo de inversión con el Estado A para la extracción y explotación de ciertos recursos naturales en su territorio. En el desarrollo de su actividad la empresa causa un daño ambiental que perjudica particularmente a una población indígena, violando los compromisos internacionales de protección y garantía que vinculan internacionalmente al Estado A. ¿De quién sería la eventual responsabilidad internacional? ¿De la empresa transnacional porque fue la que realizó la conducta? Desde ya debemos aclarar que un régimen como el que nos ocupa sólo trata de la responsabilidad internacional estatal por

lo que la responsabilidad internacional no podría generarse con relación a la empresa transnacional. Sin embargo, para que surja un hecho ilícito internacional, debe existir una conducta atribuible al Estado y, en este caso, la conducta que generó el perjuicio fue llevada a cabo por la empresa extranjera. ¿Se puede atribuir a un Estado la conducta de una empresa extranjera que actúa en su territorio? ¿Basta con que el daño se haya producido en el territorio de un Estado para que se configure el hecho ilícito internacional independientemente de quién realizó la acción? ¿La conducta a ser considerada para efectos de la atribución al Estado en cuestión debería ser la celebración del acuerdo de inversión? ¿O podríamos pensar en una responsabilidad internacional del Estado de nacionalidad de la empresa? En todo caso, ¿cómo se ha de determinar la nacionalidad de esta? ¿Por el lugar de su constitución o por el lugar donde tiene su sede principal? ¿Y si dicha empresa tiene una subsidiaria legalmente constituida en el Estado A?

Pasemos a otro ejemplo: a una persona transexual se le niega el acceso a un local nocturno en el Estado A debido a su identidad de género. El Estado A no cuenta con la legislación pertinente que prohíba este tipo de actos a pesar

de haber ratificado acuerdos internacionales de derechos humanos sobre la materia. ¿La conducta de ese establecimiento privado es una conducta atribuible directamente al Estado A no obstante tratarse de un particular? ¿El Estado A está en la obligación de prevenir y/o de responder internacionalmente por todos los actos que sus nacionales cometan en su territorio? ¿Cuál es el alcance en estos casos de su deber de debida diligencia?

Finalmente, un par de ciudadanos residentes en el territorio del Estado A introducen dolosamente un virus en el hardware de más de 200,000 computadoras en 3 países de la región, afectando seriamente los servicios nacionales de salud, de los bancos centrales y de los aeropuertos en dichos Estados. ¿Puede alguno de estos 3 países demandar al Estado A por responsabilidad internacional por la conducta de estas personas? ¿El simple hecho de que las direcciones IP de las computadoras desde las que salió el virus indiquen que estas se encuentran en un determinado país, lo involucra automáticamente aun cuando dichas personas hayan seguido instrucciones de un tercer Estado? ¿Existe alguna diferencia entre este supuesto y aquel en el que las autoridades estatales dieron instrucciones de actuación

a dichas personas? ¿Cualquier operación cibernética maliciosa que penetre en otro país ya puede ser considerada como violatoria de la soberanía y/o jurisdicción de ese Estado o sólo aquellas que son equiparables a una operación cinética, es decir, aquellas que llevan implícito el uso de la fuerza? Pensemos por otro lado en el caso de unos médicos trabajando en un hospital privado que accidentalmente maniobran con un virus que luego se propaga no sólo dentro del territorio del país en el que se encuentran sino a varios países vecinos. O en un científico que trabaja en una planta nuclear y causa un accidente de grandes proporciones que ocasiona daños importantísimos al medio ambiente y a la vida de numerosas personas en otros Estados. ¿En qué casos estas conductas serían atribuibles al Estado A y en qué casos no?

Con la aparición y expansión de nuevas formas de comercio e inversión; con la aceleración de la tecnología y los medios de comunicación; con un uso más extensivo de las herramientas virtuales y una actuación cada vez más generalizada en el metaverso que no reconoce fronteras ni jurisdicciones, al menos tal como las hemos concebido hasta ahora; con la utilización cada vez más frecuente de la inteligencia

artificial para la toma de decisiones automatizadas; y, con un conjunto cada vez más amplio y diverso de obligaciones internacionales que no sólo involucran la conducta directa de los entes estatales sino que parecen aplicarse a sus propios ciudadanos, ya sean personas físicas o jurídicas (tanto nacionales como transnacionales), incluso en ámbitos que no están bajo su jurisdicción efectiva como podría ser el caso de la actuación de milicias o grupos alzados en armas, la aplicación de las normas sobre responsabilidad internacional se ha vuelto cada vez más compleja, especialmente en lo que respecta a la atribución de las conductas al Estado en cuestión. Entender a cabalidad el funcionamiento de estas normas nos permitirá dar respuestas más claras y objetivas a las interrogantes que actualmente se nos plantean y, en todo caso, darnos cuenta de aquellos aspectos en los que el derecho internacional debe seguir desarrollándose de manera progresiva para satisfacer estos múltiples nuevos desafíos.

4. El elemento subjetivo del hecho ilícito internacional

El Estado es una entidad organizada, una persona jurídica compleja y abstracta que no puede actuar por sí sola

sino a través de una persona o de un grupo de individuos que lo representen. Son precisamente esas personas las que, en nombre de sus Estados, contribuirán con su conducta (ya sea una acción o una omisión, ya sea en el plano interno o en el plano internacional), a la formación del derecho internacional. Así, por ejemplo, el poder judicial de un país, a través de sus sentencias internas podrá ir generando una práctica estatal que posteriormente podrá crear, bajo ciertas condiciones, una costumbre internacional obligatoria para dicho Estado.⁷ Como contrapartida, serán también estas personas las que, en representación de sus Estados, deberán ajustar sus acciones a dichas normas internacionales. De lo contrario podrían terminar comprometiendo, bajo ciertas condiciones, la responsabilidad internacional de los Estados a nombre de los cuales actúan.

Para poder constatar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, es necesario que las conductas – a partir de aquí por conducta nos estaremos refiriendo tanto a las acciones como a las omisiones - que eventualmente podrían violar una norma internacional, independientemente de quién las realiza, se puedan atribuir efectivamente al Estado, es decir, que

constituyan hechos del Estado. Ahora bien, no toda conducta que en un inicio puede ser percibida como hecho del Estado por haber sido cometida por un órgano estatal terminará siendo atribuible al mismo para efectos del surgimiento del hecho ilícito internacional. Por otro lado, existirán supuestos de conductas realizadas por personas o entidades que no son consideradas órganos del Estado que si serán atribuibles al mismo. Como sostiene la CDI (2007, p. 40), la atribución se basa en criterios determinados por el derecho internacional y no en el simple reconocimiento de una relación de causalidad natural⁸. Las normas secundarias nos ayudarán a determinar qué conductas finalmente serán atribuibles o consideradas hechos del Estado.

Si bien el proyecto de la CDI desarrolla a este respecto una gran variedad de supuestos y categorizaciones, nosotros dividiremos nuestra presentación, por una cuestión metodológica, en dos grandes grupos o categorías: una compuesta por las conductas de los que denominaremos agentes del Estado – denominación nuestra y que no proviene del texto del proyecto de la CDI - y una segunda categoría compuesta por las conductas de los particulares. Examinaremos

detenidamente las características y particularidades de cada grupo de conductas y las bases y condiciones sobre las que pueden ser o no atribuibles al Estado. También nos referiremos a un tercer supuesto constituido por aquellas conductas que, independientemente de las circunstancias particulares, terminan siendo reconocidas o adoptadas expresamente por el Estado como suyas. Pero esto ocurre en pocas ocasiones y son, en todo caso, supuestos excepcionales.

4.1 La conducta de los agentes del Estado

Por conducta de los agentes del Estado entenderemos principalmente la conducta de los órganos estatales reconocidos por el propio derecho interno del Estado en cuestión o que, sin serlo, están facultados por dicho ordenamiento interno para ejercer atribuciones de poder público. Como sostiene la CDI (2007, p. 39), la norma más básica y general sobre este tema es que el comportamiento atribuible al Estado por excelencia en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de esos órganos. Por ello, como ya expresamos, consideraremos a todas estas personas para efectos de

nuestro trabajo como agentes estatales. Por regla general, estas conductas, aunque hayan sido realizadas ultra vires, se considerarán atribuibles al Estado, salvo que hayan sido realizadas por dichas personas en el ámbito de su esfera privada. Dentro de esta categoría se incluyen también, bajo ciertas circunstancias y condiciones, las conductas de los gobiernos de facto y las conductas de los movimientos insurreccionales o afines cuando éstos logran convertirse en el nuevo gobierno o llegan a constituir un nuevo Estado. Finalmente, también incluiremos en esta categoría las conductas de personas que sin ser órganos estatales actúan de hecho como agentes de este, y los de aquellas que actúan por cuenta del Estado debido a una total ausencia de autoridad. Como vemos, el elemento común que compartirán todos estos supuestos es la representatividad estatal que estas personas ostentan en mayor o menor grado, ya sea de derecho o, de hecho.

A. La conducta de los órganos del Estado

Como acabamos de establecer, el punto de partida en toda la temática de la atribución de conductas es que el comportamiento de toda persona que desempeña funciones en un órgano estatal ya sea una entidad individual o

colectiva, reconocido como tal por su derecho interno, es atribuible al Estado, configurándose de esta manera el elemento subjetivo del hecho ilícito internacional. Este principio aparece reconocido desde muy antiguamente en la jurisprudencia internacional y deriva del principio de la unidad del Estado. Como sostiene la CDI (2007, p. 41), este principio establece que las acciones u omisiones de todos los órganos estatales deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de la responsabilidad internacional. De no ser así, la diversidad de obligaciones internacionales no permitiría hacer ninguna distinción general entre órganos que pueden cometer hechos internacionalmente ilícitos y los que no pueden (CDI, 2007, p. 41). Muy recientemente, en 1999, la Corte Internacional de Justicia (CIJ, 1999, par. 62), en su Opinión consultiva sobre la diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, afirmó en esta misma línea de ideas, que es una norma de derecho internacional consuetudinario comúnmente reconocida que los actos de los órganos del Estado deben considerarse como actos de ese Estado.

Bajo esta regla general debe quedar comprendido todo órgano estatal,

ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole; cualquiera que sea su posición en la jerarquía estatal (superior o subordinada, aunque este tema lo precisaremos más adelante); y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado⁹. El hecho de que el agente desarrolle sus actividades o competencias hacia el interior del territorio del Estado o hacia fuera de él (por ejemplo, un representante diplomático) no impide que éste pueda cometer un ilícito internacional atribuible al Estado en cuestión. Vemos pues que se trata de una definición amplia que incluye a todos los órganos estatales a los que el derecho interno reconoce como tales (en este caso el derecho interno si cumple un papel relevante en dicha determinación), ya sea expresa o tácitamente. Ahora bien, es posible que el derecho interno de un Estado no determine de forma exhaustiva qué entidades tienen la condición de órganos. Aún en esos casos, como veremos en breve, dicho Estado no podrá eludir su responsabilidad internacional por la conducta de una entidad que actúa en realidad como uno de sus órganos simplemente negando que tenga tal condición en su propio derecho (CDI, 2007, p. 43).

La regla antes descrita no admite excepciones. El Estado es una unidad, y sus órganos no son más que componentes de este. Cuestiones tales como la responsabilidad inherente del poder Ejecutivo en la conducción de las relaciones internacionales, la independencia de poderes, el carácter soberano del Congreso o la autoridad de cosa juzgada de las decisiones judiciales no pueden ser consideradas como supuestos de excepción¹⁰. Como ejemplos podemos mencionar la aprobación de leyes fiscales discriminatorias contra ciudadanos extranjeros por parte del poder legislativo; la demora excesiva en la tramitación de un caso por parte del poder judicial; o la aprobación de una Constitución contraria al derecho internacional por parte del poder constituyente (Novak, 2001, p. 414-415). Todos, son ejemplos de conductas atribuibles al Estado y que han de configurar el elemento subjetivo del hecho ilícito internacional.

Por otro lado, como también señala acertadamente la CDI (2007, p. 42), no será relevante para efectos de la atribución la clasificación de la conducta del órgano estatal como acto comercial o acto *iure gestionis*. Es cierto que estos últimos no entrañan por sí mismos un quebrantamiento

del derecho internacional, pues para ello se requiere, por ejemplo, el acto adicional de la denegación de justicia por parte de los tribunales del Estado en el marco de una acción entablada por la otra parte contratante. Pero, como señalamos en la sección referida a los principios rectores, el incumplimiento de un contrato por parte de un órgano estatal deberá considerarse siempre un hecho del Estado, independientemente de que el mismo viole al momento de producirse la acción una obligación internacional y sin perjuicio de que posteriormente se configure o no el hecho ilícito internacional y surja la responsabilidad internacional.

También quedan comprendidas dentro de esta regla general las conductas de las personas o entidades que, aunque no sean técnicamente órganos del Estado, están facultadas para ejercer atribuciones de poder público¹¹. Esta norma trata de responder a situaciones cada vez más frecuentes de entidades paraestatales que ejercen atribuciones de poder público en lugar de los órganos del Estado y de empresas estatales que han sido privatizadas pero que conservan ciertas funciones públicas o normativas (CDI, 2007, p. 44). Entre estas podemos citar, por ejemplo, a las empresas privadas de

seguridad a las que se les ha concedido la facultad para administrar prisiones y que pueden ejercer funciones de detención y disciplina tras una condena judicial, o a las líneas aéreas a las que el Estado delega funciones relativas a inmigración o control de cuarentena (Barboza, 2008, p. 402). Esta norma abarca incluso a entidades a las que se ha delegado facultades discrecionales y no será necesario, para efectos de la atribución, demostrar que el comportamiento se verificó bajo el control efectivo del Estado (CDI, 2007, p. 45). Sin embargo, a diferencia de aquellos entes que sí son órganos del Estado, aquí el requisito fundamental es la concesión expresa de estas facultades por parte del ordenamiento jurídico respectivo y que, además, como señaló la CDI (2007, p. 45), el comportamiento de dichas entidades corresponda a la actividad pública prevista y no a otra actividad privada o comercial que la entidad despliegue.

Observemos bien que esta misma lógica se aplica también al supuesto de personas u órganos de un Estado puestos a disposición de otro Estado, siempre que actúen en el ejercicio de las atribuciones de poder público del Estado a cuya disposición se encuentran¹². Esto ocurre, por ejemplo, cuando las fuerzas militares de un país

extranjero son puestas a disposición de un Estado para realizar ciertas operaciones en su territorio o para ayudarlo en el ejercicio de la legítima defensa. Puede ocurrir que, bajo esas circunstancias, dichas fuerzas militares violen eventualmente con su conducta una norma de derecho internacional a la que está sujeto el Estado receptor, por ejemplo, en el campo de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Ahora bien, no se trata únicamente de que el órgano haya sido designado para realizar funciones de colaboración o de cooperación. Como señala la CDI (2007, p. 45), el órgano debe actuar conjuntamente con los mecanismos del Estado a cuya disposición se encuentra y, sobre todo, bajo su exclusiva dirección y control. Así, las condiciones esenciales para que se cumpla el supuesto es que medie el consentimiento del Estado receptor, que las personas o el órgano queden bajo su autoridad, y que actúen conforme a los fines establecidos por dicho Estado. Otros ejemplos frecuentes involucran a personal público sanitario que es puesto a disposición de otro país para combatir una epidemia o revertir las condiciones causadas por un desastre natural. Un caso particularmente relevante en la región americana es el del Comité Judicial del “Privy

Council” del Reino Unido que actúa como tribunal de apelación de última instancia para varios Estados independientes del Caribe. Las resoluciones dictadas por el Privy Council en las apelaciones interpuestas son atribuibles a dichos Estados del Caribe y no al Reino Unido.

Ahora bien, si dichas personas, órganos o entidades continúan actuando bajo las órdenes del Estado que proporciona sus servicios, sus conductas serán atribuibles a este último, en aplicación del principio general ya analizado. En el caso *Behrami y Saramati vs. Francia, Alemania y Noruega* resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en 2007, el tribunal rechazó la atribución de la conducta de las fuerzas armadas de estos países en Kosovo en 1999, sobre la base de que dicho despliegue había sido autorizado por el Consejo de Seguridad de la ONU, el cual retuvo toda la autoridad y control, y que el comando efectivo de las operaciones había quedado en manos de la OTAN (Crawford, 2019, p. 530).

Por otro lado, si el órgano actúa siguiendo instrucciones conjuntas de su propio Estado y del Estado receptor, estaremos ante el caso de pluralidad de Estado responsables, y se podrá

invocar la responsabilidad de cada Estado con relación a cada hecho en cuestión¹³. La práctica a este respecto es escasa. Sin embargo, en las excepciones preliminares del caso relativo a ciertas tierras fosfáticas en Nauru (*Nauru vs. Australia*) examinado por la Corte Internacional de Justicia en 1992, la corte admitió la posibilidad de la existencia de una responsabilidad conjunta por parte de tres Estados distintos, aunque ello no excluyera la facultad de demandar solo a uno de ellos. Finalmente se negoció un acuerdo y el Reino Unido y Nueva Zelanda, que eran los otros dos Estados involucrados, aceptaron pagar una contribución a Australia sobre una base *ex gratia* (Crawford, 2019, p. 537).

Ya habíamos señalado que en estos casos en que un Estado pone sus órganos a disposición de otro, es indispensable contar con el consentimiento del Estado receptor. Así, en los casos en los que los órganos de otros países actúen en el territorio de otro Estado sin dicho consentimiento, como es el caso de las actividades de fuerzas militares de ocupación, o el de personas que prestan servicios de inteligencia o de información en otro Estado, las conductas que se generen no pueden imputarse al Estado

territorial salvo que se demuestre que en efecto existía una obligación a su cargo en aplicación de las normas generales de atribución por hechos de sus propios agentes estatales, por ejemplo, cuando dicho Estado hubiera tenido que responder por una intolerable pasividad atribuible a sus propios órganos ante los actos ilícitos cometidos por la persona u órgano del Estado operante en su territorio (Díez de Velasco, 1982, p. 492)¹⁴.

Otro tema de particular importancia es el de la atribución de la conducta de estados que componen una federación, así como de regiones, comunidades, cantones y otros similares, y que gozan de un mayor o menor grado de autonomía dentro del Estado al cual pertenecen. Estos tampoco están exentos de poder comprometer con su actuación la responsabilidad internacional del Estado. Como señala Barboza (2008, p. 401), si bien estas entidades son diferentes del Estado central y gozan de una personalidad jurídica distinta en el derecho interno del mismo, siguen estando encargadas de prestar servicios públicos o de desempeñar funciones públicas, es decir, de ejercer actividades por cuenta de la colectividad y de conformidad con un sistema de reparto de funciones que responde a una técnica

de organización propia de un determinado país, aunque esta pueda variar de un Estado a otro.

Así, por ejemplo, la Comisión de reclamaciones Francia-México sostuvo en el caso Pellat el principio de la responsabilidad internacional de un Estado federal respecto de todos los actos de los estados que lo integran y que dan lugar a demandas de Estados extranjeros. Señaló especialmente que tal responsabilidad no puede negarse, ni siquiera en los casos en que la Constitución federal deniegue al gobierno central el derecho de control sobre los estados integrantes o el derecho de requerirles que su conducta se ajuste a las normas del derecho internacional (CDI, 2007, p. 43). La Corte Internacional de Justicia ha confirmado este principio en diversas ocasiones. En efecto, en el Caso LaGrand (Alemania vs. EEUU - providencia sobre medidas provisionales de 3 de marzo de 1999), la corte estableció que el Estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes, cualesquiera que sean. En este caso el tribunal consideró que como la aplicación de su providencia recaía dentro de la esfera de competencia del gobernador de Arizona, el gobierno de los Estados Unidos tenía

la obligación de transmitirla a dicho gobernador, el cual estaba a su vez obligado a actuar de conformidad con los compromisos internacionales de dicho país. Como consecuencia de ello, los Estados Unidos quedaba bajo la obligación de adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar que Walter LaGrand no fuese ejecutado mientras no se hubiese dictado la resolución definitiva en el proceso (Jiménez Piernas, 2011, p. 390).

En el sistema interamericano podemos citar el caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 27 de agosto de 1998. En dicho asunto Argentina hizo referencia a la cláusula federal del Estado, indicando que la responsabilidad no recaía sobre ella sino sobre la provincia de Mendoza. La corte señaló en su sentencia que un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir con una obligación internacional (Corte IDH, 1998, par. 45-46).

Ya habíamos señalado que en el postulado general de esta norma de atribución se incluía la conducta de todo órgano del Estado, cualquiera fuese su posición en la organización de este, es decir, ya fuese un órgano superior o subordinado dentro de la jerarquía estatal. El

análisis de esta cuestión nos servirá de oportunidad para entender a cabalidad cómo funciona la institución de la responsabilidad internacional del Estado y cómo la evaluación de los dos elementos constitutivos del hecho ilícito internacional se debe hacer de manera, si no conjunta, al menos complementaria.

En efecto, existen algunas situaciones en que intervienen órganos estatales de jerarquía inferior o subordinada, en las cuales, para dirimir la violación de una obligación en el plano internacional, habrá que cumplir previamente con una condición: la del agotamiento de los recursos internos del Estado en cuestión. Generalmente dicho requisito supone conducir una reclamación a través de diversas instancias internas, cada una de mayor jerarquía que la anterior, hasta llegar al órgano de máximo nivel disponible. Es el caso, por ejemplo, de violaciones a los derechos humanos, o de actos de expropiación a nacionales extranjeros en los que las presuntas víctimas deben agotar los recursos internos existentes antes de iniciar una reclamación internacional. ¿Significa esto que la conducta de un órgano estatal subordinado, no obstante ser atribuible a su Estado según las normas antes analizadas, no constituirá por sí sola una violación a una obligación internacional?

Sostenemos más bien lo contrario. Ya hemos visto que la conducta de todo órgano estatal, aunque sea subordinado, es siempre atribuible al Estado. Por lo tanto, podrá generar un hecho ilícito internacional si se prueba a la vez la existencia del elemento objetivo, es decir, la violación de una obligación internacional vinculante para el Estado en cuestión. Somos de la opinión de que el agotamiento de los recursos internos es sólo un requisito procedimental y no un requisito sustancial adicional que deba añadirse a la determinación de los dos elementos del hecho ilícito. En otras palabras, el hecho de que no pueda sustanciarse una reclamación internacional con la sola actuación de un órgano subordinado no significa que dicha conducta no sea atribuible y que la misma no pueda violar por sí misma una obligación internacional a cargo del Estado.

En efecto, se ha discutido mucho en la doctrina si la regla del agotamiento de los recursos internos es de carácter sustantivo o procesal. Al respecto, Pastor Ridruejo (2011, p. 255) nos recuerda que, si bien en el informe de la CDI de 1980 prevaleció el punto de vista sustantivo debido a la influencia del relator de la época, el profesor Roberto Ago, la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional,

en su sesión de 1956, ya reconocía el carácter procesal de la regla.

Por otro lado, el artículo 14 del proyecto de la CDI, aunque se ubica en la sección referida a la determinación del elemento objetivo del hecho ilícito internacional, confirma nuestra posición. Dicho artículo establece que la violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce dicho acontecimiento, en buena cuenta, con la primera conducta estatal, aunque la cuestión no se pueda elevar al ámbito internacional hasta que no se hayan agotado los recursos internos respectivos. Este es pues el principio básico subyacente. Cabe puntualizar que, aunque el artículo 14 se refiere claramente a cierto tipo de obligaciones, a saber, las obligaciones de prevención, no todas las obligaciones de esta naturaleza se han de cumplir sin embargo en el ámbito interno de los países. Las obligaciones de prevención también abundan en las relaciones interestatales directas en cuyo caso bajo ninguna circunstancia se requerirá del agotamiento de los recursos internos. Así pues, la lógica de este artículo es la misma que venimos sosteniendo, es decir, que las conductas de todos los órganos

estatales, aunque sean de rango inferior o subordinado, son atribuibles al Estado en cuestión y pueden generar un hecho ilícito internacional si violan además una obligación internacional a cargo de dicho Estado, aun cuando en algunas circunstancias, en atención a la existencia del requisito procedimental del agotamiento de los recursos internos, se tenga que ventilar el caso en las instancias internas del Estado antes de poder elevarlo al ámbito internacional.

Ahora bien, en todos los supuestos examinados hasta aquí, un requisito fundamental es que los órganos o individuos que representan al Estado o que ejercen atribuciones de poder público actúen en su calidad oficial, es decir, que actúen en el ejercicio de sus funciones y no como meros particulares, aun cuando en algunos casos lo hagan excediendo dichas funciones o contravengan las instrucciones recibidas (actuación *ultra vires*). A continuación, vamos a examinar ambos supuestos.

B. Las conductas de los agentes del Estado actuando *ultra vires*

Cuando una persona actúa como parte de un órgano o entidad estatal, pero excede sus competencias, incumpliendo las instrucciones recibidas, o en

contravención de su derecho interno, podrá igualmente generar con esa acción u omisión un hecho del Estado¹⁵.

El criterio básico sigue siendo la actuación de la persona en su calidad de órgano o de entidad, así como la de la persona facultada por su derecho interno para ejercer atribuciones de poder público. Sin embargo, en este último caso, el criterio sólo ha de aplicarse cuando se actúa dentro del ámbito de las facultades que hayan sido concedidas expresamente.

La razón por la cual en todos estos casos la conducta *ultra vires* es atribuible al Estado se justifica por la necesidad de garantizar la claridad y la seguridad jurídica en las relaciones interestatales y los derechos humanos de las personas, entre otros aspectos. En efecto, el Estado debe hacerse responsable de todos los actos u omisiones que sus agentes cometan en su calidad oficial, ya sea que actúen amparados en dicha condición o porque se sirvan de las facilidades y ventajas que les da su cargo. Como sostiene la CDI (2007, p. 48), la cuestión esencial es la de saber si el comportamiento fue observado por ese órgano en su calidad oficial o no, siendo así necesario distinguir estos casos de aquellos en que un comportamiento está tan

alejado del ámbito de las funciones oficiales que debería ser asimilado al de los particulares que no son en principio atribuibles al Estado. Los casos de actuación *ultra vires* se producen, por ejemplo, cuando dichos agentes actúan usando símbolos de autoridad o uniformes oficiales, aprovechando la ventaja que ello les proporciona con relación a las personas que, como consecuencia, les deben respeto y obediencia. Se ha señalado con acierto que, si se considerase estos actos como comportamientos cometidos a título personal, nunca podría generarse la responsabilidad estatal pues, en la práctica y en la mayoría de los casos, la existencia o no de tales excesos es difícil de probar. Coincidimos con Novak (2001, p. 412) en que en estos casos la responsabilidad del Estado tiene dos fundamentos. El primero es de carácter jurídico: el Estado tiene un deber de garantía cada vez que le encarga a una persona que realice una actividad en su nombre, a riesgo de que exceda los límites formales de su competencia. El segundo es de carácter práctico: sería demasiado fácil para el Estado afirmar que un funcionario no obedeció órdenes o afirmar que actuó más allá de sus funciones para liberarse de toda responsabilidad. Ahora bien, como sostiene Casanovas (2021, p. 550), esta regla se ha

de aplicar con independencia de las posibles medidas internas que un Estado pueda adoptar contra las personas que han cometido tales actos *ultra vires* a manera de sanción.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988, par. 170) se ha pronunciado varias veces a este respecto, incluso desde su primera sentencia en el año 1988, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* relativo al secuestro y posterior desaparición del señor Rodríguez y otros en Honduras. Dichos actos fueron cometidos por personas que supuestamente trabajaban para el gobierno. La corte consideró que su conclusión sobre la responsabilidad estatal debía aceptarse independientemente de que el órgano o funcionario hubiese actuado en contravención de las disposiciones del derecho interno, o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que era reconocido como un principio del derecho internacional que el Estado debe responder por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.

C. Las conductas de los agentes del Estado actuando como meros particulares

Un caso distinto a la actuación *ultra vires* es el de las conductas realizadas por los agentes estatales actuando como meros particulares o en el ámbito de su vida privada, es decir, fuera de la esfera del ejercicio de sus funciones o en un carácter no oficial. En este caso, dichos actos no serán considerados hechos del Estado. Sin embargo, no estamos diciendo que estas conductas no podrían eventualmente generar un hecho ilícito internacional. Pero las bases para dicha determinación serán otras y las analizaremos más adelante en la sección referida a los actos de los particulares.

Entre estos actos podemos mencionar los realizados fuera del servicio, los realizados sin apariencia alguna de tener un carácter oficial o aquellos que no guardan ninguna relación con las actividades oficiales. Podemos pensar en los daños físicos sufridos por una persona a manos de un policía en una riña acontecida en un evento social privado, aun cuando en ese caso, como afirma Rodríguez Carrión (1994, p. 306), el agente se hubiera servido de los medios que el Estado ha puesto a su disposición para el desempeño de sus funciones.

Obviamente que dichos medios no tendrían que haberlo puesto a la persona o agente, bajo ninguna circunstancia, en una posición de ventaja distinta a la de otro particular ya que en ese caso nos encontraríamos en el supuesto de un agente estatal actuando en abuso de sus funciones o *ultra vires*, situándonos en el supuesto anteriormente analizado.

D. Otros supuestos de conductas de "agentes estatales"

En esta sección vamos a referirnos a casos más específicos, a saber, aquellos que involucran, por un lado, la conducta de los gobiernos de facto y, por otro, la de los movimientos insurreccionales cuando llegan a convertirse en el nuevo gobierno o llegan a constituir un nuevo Estado. Desde ya debemos notar que en ambos casos estaremos hablando de gobiernos, y por lo tanto se aplicarán también, independientemente de las características propias de estos supuestos, las normas generales que hemos venido analizando hasta el momento. Por otro lado, abordaremos las situaciones en las que una persona o grupo de personas actúan de hecho por cuenta del Estado, es decir, cuando lo hacen sin estar facultadas por una norma interna del Estado en cuestión, pero, no obstante, han recibido

instrucciones al respecto o un apoyo o aval posterior. Finalmente abordaremos aquellos casos en los que existe una ausencia total de autoridad y las circunstancias requieren que los particulares ejerzan ciertas atribuciones de poder público.

Las conductas de los gobiernos de facto

Un supuesto no previsto por la CDI en su proyecto, aunque muy relevante hoy en día y extensamente desarrollado por la doctrina, está referido a la actuación de los gobiernos de facto. Aquí la lógica subyacente seguirá siendo la misma: en virtud del principio de la continuidad de la personalidad jurídica de los Estados, dicho Estado deberá responder por las violaciones al derecho internacional cometidas por sus agentes, sin perjuicio de que hayan alcanzado el poder gracias a un golpe de estado. Sobre este particular podemos volver a recordar las posiciones esgrimidas por las partes en el caso Tinoco (Costa Rica vs. Reino Unido) de 1923 resuelto mediante arbitraje. El Reino Unido exigía que el nuevo gobierno de Costa Rica honrara las obligaciones contraídas bajo la administración de Federico Tinoco, quien se había hecho de la presidencia

en enero de 1917 por medio de un golpe de estado y no había sido reconocido por aquel país. El posterior gobierno de Costa Rica consideraba infundadas las reclamaciones del gobierno y de las empresas británicas basándose precisamente en esa falta de reconocimiento. El árbitro Taft consideró la cuestión de si debía considerarse o no al gobierno del general Tinoco como un eslabón en la continuidad del gobierno de Costa Rica. Sobre el particular, opinó que el no reconocimiento del Reino Unido no podía desplazar las pruebas recogidas en los autos respecto del carácter de facto del gobierno de Tinoco según el criterio establecido por el derecho internacional (Ramacciotti, 1993, p. 375-376). En buena cuenta, lo que sostuvo Taft es que, probada la naturaleza de facto del gobierno de Tinoco, el Estado costarricense debía asumir las obligaciones que hubiera contraído aquél.

Sin embargo, la cuestión que no queda resuelta en el caso Tinoco y se ha explorado poco en la doctrina es aquella en la que un Estado que no ha reconocido a un gobierno de facto (supuesto anterior) reconoce en cambio a un gobierno alternativo al que considera legítimo, aunque no tenga el control efectivo del Estado al que

pretende representar. Surge así la siguiente pregunta: ¿se puede considerar a un gobierno de facto responsable por la comisión de un hecho ilícito internacional respecto de un Estado que no solamente no lo ha reconocido, sino que estima como legítimo, y por ende representativo del mismo, a otro gobierno? Este problema se presenta frecuentemente en los casos de incumplimiento de contratos comerciales por parte de gobiernos de facto en los que la contraparte son Estados que no solo no han reconocido a dicho gobierno, sino que más bien reconocen a otro que no tiene, de hecho, forma de cumplirlo por no tener las posibilidades o el control efectivo de la situación. Este es un tema directamente relacionado con el estudio de las normas primarias relativas al reconocimiento de gobiernos el cual, en situaciones como las aquí descritas, está aún poco desarrollado. Sin embargo, autores como Velásquez reconocen que los tribunales internacionales han aceptado que un gobierno de facto debe comparecer en un juicio siempre y cuando el hecho litigioso haya tenido lugar luego del reconocimiento (p. 234). El autor afirma que en caso de que el reconocimiento no se haya producido, los tribunales no deberían conocer del hecho. Si bien esta afirmación está relacionada con un aspecto

básicamente procesal, creemos que este criterio es también aplicable con relación al eventual surgimiento de la responsabilidad internacional.

El caso de los movimientos insurreccionales

Un supuesto bastante peculiar es el caso de los actos de los movimientos insurreccionales u otros movimientos de índole similar. En principio, si bien los actos de estos movimientos caen en la misma categoría que las conductas de los particulares, Barboza (2008, p. 410) señala que la situación varía desde el momento en que surge, paralelamente al Estado, una organización dotada de su propio aparato institucional, y cuyos órganos pueden actuar por cuenta del propio movimiento insurreccional en una parte del territorio que está bajo la soberanía o la administración del Estado en cuestión.

El artículo 10 del proyecto de la CDI es muy preciso al considerar como hecho del Estado la conducta de un movimiento insurreccional únicamente cuando éste se convierte en el nuevo gobierno de dicho Estado. Adicionalmente considera también el supuesto mediante el cual dicho movimiento insurreccional logra establecer no ya un nuevo gobierno sino un nuevo Estado

en parte del territorio del Estado preexistente. En este caso, la conducta también será atribuible a dicho nuevo Estado¹⁶. Vamos a analizar entonces estos dos supuestos además del caso en que los movimientos insurreccionales no logran sus objetivos o han fracasado.

Como tema previo, debemos reconocer que en la práctica hay una gran variedad de formas que pueden adoptar los movimientos insurreccionales, ya sea exista una conflictividad interna relativamente limitada, una verdadera situación de guerra civil, una lucha anticolonial, la actuación de un frente de liberación nacional, de movimientos revolucionarios o contrarrevolucionarios, etc. (CDI, 2007, p. 53). Esta norma se va a aplicar a todos estos supuestos.

En los casos en que el movimiento insurreccional se llega a convertir en el nuevo gobierno del Estado en cuestión, se aplica el principio de continuidad, que reconoce y valida la continuidad existente entre dicho movimiento y el gobierno finalmente establecido. En efecto, el Estado no deja de existir como sujeto de derecho internacional. Sigue siendo el mismo Estado a pesar de los cambios, reorganizaciones y adaptaciones que registren sus instituciones (CDI, 2007, p. 52).

En el caso de que el movimiento insurreccional llegue a constituir un nuevo Estado, la CDI (2007, p. 53) señala que no se puede eximir a dicho nuevo Estado de la responsabilidad dimanante del comportamiento de su personal recurriendo a consideraciones de legitimidad o ilegitimidad de origen. Como señaló la Corte Internacional de Justicia (1992, p. 107-110) en la opinión consultiva del 21 de junio de 1971 sobre las Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental) no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, es la autoridad efectiva sobre un territorio y no la soberanía o la legitimidad del título lo que constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos concernientes a otros Estados. Si bien el supuesto en este asunto es distinto al de la actuación de un movimiento insurreccional, el principio que subyace es el mismo. Así pues, en los casos en que dicho movimiento haya constituido un nuevo Estado, las conductas, aunque hayan sido realizadas mucho antes de su constitución, deberán ser atribuibles a dicho Estado.

En los supuestos en que la rebelión sea sofocada, la doctrina considera que el Estado no será directamente

responsable de las consecuencias de los actos del movimiento en cuestión. En buena cuenta, los hechos de los movimientos insurreccionales fracasados no son directamente atribuibles al Estado. Como recuerda Barboza (2008, p. 410), un principio bien establecido en el derecho internacional es que ningún gobierno puede ser considerado responsable por las acciones de grupos rebeldes cometidas en violación de su autoridad siempre y cuando no sea atribuible a dicho Estado otra conducta distinta pero propia como, por ejemplo, su negligencia en suprimir la insurrección. Así, si el Estado conservó, aunque sea un cierto nivel de control en las áreas de conflicto, los actos del movimiento deberán ser considerados como actos de particulares, similares a las conductas de personas o grupos que participan en un motín o en una manifestación de masas, los que pueden servir de ocasión para considerar y evaluar otras obligaciones a cargo directamente del Estado aplicándose para ello las normas que veremos en el acápite respectivo. Un ejemplo de ello es la concesión de amnistía a estos grupos rebeldes, lo que constituiría una falta del Estado a sus propias obligaciones de reparación. En ese caso, se configurará una responsabilidad por acto propio (Crawford, 2019, p. 536).

Si bien este también es un tema objeto de las normas primarias del derecho internacional, vale la pena preguntarse, sin perjuicio del contenido de las pautas señaladas anteriormente, qué sucede si un tercer Estado reconoce como beligerante al grupo en cuestión y le otorga mediante dicho acto subjetividad internacional, pero este nunca llega a constituirse en el nuevo gobierno o Estado. ¿Mediante dicho reconocimiento el Estado en cuestión pierde la posibilidad de reclamar al Estado en cuyo territorio el movimiento desarrolló sus actividades? Como sostiene la doctrina, un grupo insurgente adquiere personalidad internacional a partir de su reconocimiento como beligerante. Hasta ese momento la actividad de los insurgentes se encontraba regulada por el derecho interno del Estado en el cual la insurrección tenía lugar y, por lo tanto, se debía considerar como actos particulares. Pero a partir del reconocimiento la comunidad beligerante comienza a ser destinataria de las normas del derecho de guerra (Ramacciotti, 1993, p. 210-212), y por lo tanto ha de responder por sus actos con relación al Estado que la ha reconocido. En estos casos, el deber de diligencia que normalmente el Estado territorial debe ejercer sobre las actuaciones de sus particulares desaparece. Se aplicaría el mismo principio que

rige en situaciones en las que un tercer Estado apoya con recursos al movimiento insurreccional. Dicho Estado no podría posteriormente demandar al Estado territorial por responsabilidad internacional sobre eventuales daños sufridos por la actuación de dicho movimiento. Evidentemente hay muchos otros aspectos que analizar sobre este tema y que inciden sobre la respuesta final, pero que corresponden al ámbito de las normas primarias y van más allá del alcance de nuestro trabajo.

Un caso que nos permite confrontar la teoría con la práctica es el que acontece actualmente en Haití, uno de los países más pobres del mundo y, ciertamente, el más pobre de América Latina y el Caribe. En julio de 2021 se produjo el magnicidio del presidente Jovenel Moïse, lo que provocó una grave conmoción política que agravó la situación ya imperante en un país que había sido tomado por bandas criminales cuyas actividades venían afectando no sólo a la población civil sino también a la policía, la cual tenía poco control de la situación. Desde inicios de 2023 hasta mediados de marzo de ese año, la violencia pandillera en este país había dejado 531 muertos, 300 heridos y 227 personas secuestradas, además de 160,000 desplazados. Si bien este caso no llega

a configurar una hipótesis de movimiento insurreccional, si estamos ante un caso de conflictividad interna que encaja dentro de los supuestos de la norma aquí analizada.

Personas que actúan de hecho como agentes estatales

Existen casos en que ciertas personas, sin ser órganos del Estado o estar facultadas por el ordenamiento interno para ejercer facultades de poder público, actúan de hecho bajo la dirección o el control estatal. Como afirma la CDI (2007, p. 49), casi siempre se trata de situaciones en las que los órganos del Estado complementan su propia acción contratando o incluso instigando a personas o a grupos privados a que actúen como auxiliares sin llegar a pertenecer a la estructura oficial del Estado. Así, por ejemplo, tenemos el caso de los auxiliares de las fuerzas de policía o de los institutos armados que no pertenecen formalmente a dichas instituciones, o el de los particulares enviados por un Estado a países extranjeros para llevar a cabo misiones específicas de espionaje o el secuestro de criminales de guerra. También podemos pensar en personas particulares que, por encargo del Estado en el que se encuentran, cometen ciber

ataques contra un Estado extranjero o contra personas que se hallan en una jurisdicción distinta¹⁷. Las normas aplicables en estos casos incluyen aquellos supuestos en los que el Estado ha dado instrucciones precisas, pero también aquellos en los que ha brindado simplemente su autorización, apoyo o aval posterior a esta persona o grupo de personas. Este último supuesto es aún poco claro ya que la forma en que se ha de brindar dicho apoyo o aval posterior ha sido tratada de forma bastante subjetiva por el derecho internacional. No obstante, la jurisprudencia ha intentado brindar su cuota de claridad. Uno de los casos más emblemáticos hasta el día de hoy ha sido el Asunto del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos resuelto en 1980 por la Corte Internacional de Justicia.

Los hechos ocurrieron así: El 4 de noviembre de 1979, un grupo de civiles iraníes fuertemente armados invadió las instalaciones de la Embajada de los Estados Unidos en Teherán y tomó como rehenes a los diplomáticos norteamericanos que se encontraban allí. Al día siguiente, otro grupo de civiles atacó los consulados norteamericanos en Tabriz y Shiraz. Luego de un intercambio de comunicaciones en las cuales los Estados Unidos exigió la

liberación inmediata de los rehenes, ambos Estados decidieron someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia. La corte estableció, respecto de una parte de los hechos acontecidos, que estos particulares, aunque no eran órganos estatales, habían actuado de hecho por cuenta del Estado iraní por lo que dicho Estado era internacionalmente responsable de los mismos (Negro, p. 54-57).

Para determinar la atribución de la conducta de este grupo de civiles al Estado iraní la Corte utilizó los siguientes criterios y tomó en cuenta las siguientes circunstancias: la ausencia de esfuerzos de las autoridades iraníes para evitar el incidente y posteriormente restaurar el orden; la felicitación que el Ayatollah Khomeini dirigió a los autores del hecho por radio nacional; el mensaje previo de fecha 1 de noviembre de 1979 en el que esta misma autoridad señalaba que era deber de los estudiantes expandir con todas sus fuerzas los ataques contra Estados Unidos e Israel para obligar al primero a devolver al Sha asilado en aquel país; y, la orden del Ayatollah que prohibía a los miembros del Consejo Revolucionario reunirse con los enviados especiales del presidente norteamericano Carter. La corte indicó que, si bien las declaraciones del Ayatollah previas

a la ocupación pudieron haber influido en la decisión de los estudiantes, no existía evidencia de una orden directa de un ataque a la Embajada. Sin embargo, la aprobación y felicitación posterior del Ayatollah y otros órganos del Estado iraní a los hechos cometidos por estos particulares transformaban dichas conductas en hechos del Estado (Negro, p. 54-57).

De la sentencia de la corte se puede inferir que no basta que una autoridad o agente estatal motive a un particular o grupo de particulares a realizar determinados actos para que estos sean atribuibles al Estado. Debe más bien existir una orden expresa y directa, deben ponerse a disposición ciertos medios que permitan o apoyen la realización de la conducta en cuestión, o debe haber una aprobación o aval posterior.

Otro caso emblemático ocurrió pocos años después. Se trata del asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua resuelto por la Corte Internacional de Justicia en 1986. En este caso, la corte analizó el grado de control que había de ejercer el Estado para que la conducta de ciertos particulares le fuese atribuible de manera directa. En esta oportunidad la corte reconoció que pese a existir

una situación general de dependencia y apoyo, sobre todo de naturaleza económica y logística entre la guerrilla Contra y la administración estadounidense, esto no bastaba para justificar la atribución del comportamiento de dicha guerrilla a los Estados Unidos (Jiménez Piernas, 2011, p. 392). El tribunal llegó a la conclusión de que pese a los considerables subsidios y otras formas de asistencia que les proporcionaban los Estados Unidos, no había pruebas claras de que dicho país ejerciera realmente en todos los ámbitos un grado de control suficiente para justificar que se considerase que los Contras actuaban por cuenta de los Estados Unidos (CDI, 2007, p. 49).

Sobre el particular nos parece interesante transcribir la siguiente parte de la sentencia:

Todas las formas de participación de los Estados Unidos antes mencionadas, e incluso el control general por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y el derecho humanitario que

denuncia el Estado demandante. Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de los contras sin el control de los Estados Unidos. Para que ese comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, debería en principio probarse que ese Estado ejercía un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones (CDI, 2007, p. 49).

Como vemos, la corte confirmó así que una situación general de dependencia y apoyo no basta para justificar la atribución de un comportamiento de esta naturaleza al Estado. Es más, podemos afirmar que el criterio utilizado en estos casos es mucho más estricto que en el caso de los órganos del Estado actuando *ultra vires* que, como ya hemos visto anteriormente, les son atribuibles debido al deber de garantía que asume dicho Estado con relación a la conducta de sus propios órganos y entidades. En el supuesto que nos ocupa, la corte parece exigir más que un vínculo general, un control efectivo, al grado de inferirse una exigencia de control de cada acto particular cometido en el ámbito del marco general de actuación. Tanto es así que, como sostuvo la CDI (2007, p. 49) al

analizar este antecedente, el tribunal de todos modos consideró responsable a los Estados Unidos por el apoyo a los Contras, pero únicamente con relación a algunas conductas respecto de las cuales había dado instrucciones específicas. Esto es lo que la doctrina internacional conoce como la doctrina del control efectivo (Casanovas, 2021, p. 552).

Esta doctrina también fue analizada más recientemente en el Caso de la Aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio entre Bosnia-Herzegovina y Serbia y Montenegro. En este caso la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 26 de febrero de 2007, consideró que los actos de genocidio que tuvieron lugar en julio de 1995 en la ciudad bosnia de Srebrenica no eran atribuibles a Serbia y Montenegro puesto que habían sido cometidos por personas que no tenían la calidad de órganos o agentes del Estado. El tribunal consideró que se trataba más bien de milicias paramilitares que no habían actuado siguiendo instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado demandado sino de manera independiente (Jiménez Piernas, 2011, p. 392-393).

Por otro lado, en el asunto *Prosecutor vs. Dusko Tadic* ventilado ante el

Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y resuelto en 1999, la Sala de Apelaciones sostuvo que el grado necesario de control de las autoridades yugoslavas de esas fuerzas armadas que el derecho internacional requería era un control que iba más allá de la simple financiación y armamento de esas fuerzas y que debía entrañar además una participación directa en la planificación y supervisión de las operaciones militares. Si bien las cuestiones jurídicas y la situación práctica eran en este caso distintas a los casos que presentamos anteriormente, pues el asunto versaba sobre la responsabilidad penal individual, y no sobre la responsabilidad de los Estados (CDI, 2007, p. 50), creemos que tanto los criterios de este tribunal como los de la Corte Internacional de Justicia son útiles para sostener que el nivel de control exigido sobre las conductas de los particulares para poder ser consideradas hechos del Estado es bastante alto. Es bueno recordar este criterio al evaluar la actuación de las múltiples milicias que existen actualmente, sobre todo en el medio oriente, particularmente en cuanto a la eventual atribución de sus conductas. Esto tiene una relación directa, por ejemplo, con la determinación del Estado contra el cual se podría aplicar una contramedida o la legítima defensa de una manera válida.

Finalmente, tampoco debemos perder en ningún caso de vista la relación directa que debe existir entre las instrucciones, la dirección o el control ejercidos por el Estado y el contenido de la obligación internacional directamente a su cargo con la finalidad de que queden plenamente configurados los dos elementos del hecho ilícito internacional.

Ahora bien, esto no significa que los actos de estas personas no puedan ser considerados como actos de particulares que den lugar o sirvan de ocasión para generar la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. Pero en ese caso, como veremos en su momento, la atribución de la conducta no será directa, sino que deberá pasar por un filtro adicional: la evaluación de cumplimiento del deber de debida diligencia.

Personas que actúan por cuenta del Estado por ausencia total de autoridad

Existen también supuestos en los que se produce una ausencia total de autoridad y donde las circunstancias requieren que los particulares ejerzan atribuciones de poder público y, en efecto, así lo hacen¹⁸. Es el caso de los grupos que se organizan

para administrar justicia en zonas de ciertos países debido a una ausencia absoluta de las autoridades judiciales o de las fuerzas policiales y/o militares que representen al Estado. Esto ocurre frecuentemente, por ejemplo, en lugares donde existe un conflicto armado o una ocupación extranjera en donde el Estado ha perdido totalmente el control de la situación y los particulares necesitan asumir dicho control de facto. Como indica la CDI (2007, p. 51), se trata de una forma de representación por necesidad, ya que son coyunturas en las que es indispensable el ejercicio de las funciones públicas, aunque no lo sea necesariamente el comportamiento observado. Pastor Ridruejo (2011, p. 554) recuerda a este respecto el caso de la segunda guerra mundial cuando en algunos países beligerantes o que habían sido invadidos, las administraciones locales terminaron huyendo ante el invasor o el ingreso de los ejércitos de liberación. En estas circunstancias, algunos particulares asumieron espontáneamente, en interés de la colectividad, la gestión provisional de los asuntos públicos. También podemos citar los casos en los que la carencia de órganos administrativos se produce debido a hechos naturales como terremotos, inundaciones, etc. Estas situaciones abarcan tanto los casos de colapso

total del aparato estatal como aquellos en los que las autoridades oficiales no ejercen una parte concreta de sus funciones, como, por ejemplo, cuando han perdido el control de una localidad. Un caso concreto ocurrió en Haití en enero de 2010 cuando este país sufrió un devastador terremoto que dejó 230,000 muertos, entre ellos, un gran porcentaje de altos funcionarios públicos y destruyó la mayoría de las instalaciones y recintos desde donde se ejercía la autoridad.

Queda claro que, para ser consecuentes con las normas de los supuestos analizados hasta aquí, en estos casos, la condición indispensable para considerar la conducta de los particulares como hecho del Estado es que tampoco exista control alguno por parte de un grupo beligerante o de un Estado invasor ya que, en uno y otro caso, las conductas del grupo beligerante serán atribuidas a este en caso se haga posteriormente con el poder o constituya un nuevo Estado, o será atribuible al Estado invasor en virtud de las normas generales sobre atribución. Es decir, el requisito para que se aplique esta norma secundaria y que la conducta en cuestión sea considerada como hecho del Estado es que exista una total ausencia de autoridad. Esto es lo que también distingue a

este supuesto del caso visto anteriormente en que el Estado en cuestión dirige o controla la conducta de los particulares o aporta las instrucciones respectivas. En efecto, como sostuvo la CDI (2007, p. 51), estos supuestos presuponen un aparato estatal cuyo lugar será totalmente ocupado de facto por estas personas. En estos casos, es el carácter de la actividad desplegada el que tendrá más relevancia que la existencia de un vínculo formal entre los autores y el Estado de que se trate.

Podemos concluir de lo analizado en todo este punto que todas las conductas de personas o grupos de personas que forman parte de gobiernos de facto o movimientos insurreccionales, o que actúan de hecho por cuenta del Estado, ya sea porque reciben instrucciones de este, o cuentan con un aval o apoyo posterior, o porque existe una ausencia total de autoridad y las circunstancias requieren el ejercicio de las atribuciones de poder público, son hechos del Estado. Tales personas se deberán considerar agentes de este para efectos de la atribución y se configurará así el elemento subjetivo del hecho ilícito internacional. Estos supuestos, aunque parezcan más bien responder a un ejercicio teórico-jurídico, tienden a presentarse en la realidad internacional de manera

más frecuente de lo que pensamos. Un caso de particular relevancia y que presentaremos hacia el final de este trabajo para poner de relieve el valor práctico de esta temática, es el que tiene hoy en día lugar en la República Democrática del Congo.

4.2 Las conductas de los particulares

Habíamos dicho inicialmente que paralelamente al caso de las conductas de los agentes estatales, se producen otro tipo de situaciones en las que las conductas de simples particulares parecen ir en contra de una obligación internacional o lesionar un bien jurídico internacionalmente protegido por una norma internacional. Esto sucede, entre muchos otros casos, por ejemplo, cuando un particular atenta contra los derechos fundamentales de otras personas. Se trata pues de circunstancias que envuelven la conducta de personas que no actúan ni de derecho ni de hecho por cuenta del Estado. Incluye también los casos analizados anteriormente y que no cumplen con los requisitos exigidos por las respectivas normas secundarias, a saber, el de los agentes del Estado cuando actúan fuera del ejercicio de sus funciones; el de los movimientos insurreccionales cuando no llegan

a constituirse en el nuevo gobierno o a formar una nueva entidad internacional y cuyas conductas se produjeron en circunstancias en las que el Estado en cuestión mantuvo siempre un cierto control; y, finalmente, el de las personas cuyas acciones no pueden ser consideradas hechos del Estado por no haber recibido instrucciones precisas del mismo o contado con su aval o posterior aprobación. Estos comportamientos, al no ser llevados a cabo por agentes estatales en el sentido amplio de la palabra, no pueden ser atribuidos al Estado ni ser catalogados como hechos del Estado. Sin embargo, dichas conductas si pueden llegar a constituir elementos catalizadores o generadores de la responsabilidad estatal sobre la base del principio de la debida diligencia.

La debida diligencia, concepto central para esta parte de nuestro estudio, se define como el nivel de cuidado objetivo que, atendidas todas las circunstancias de un caso particular, un Estado dotado de las infraestructuras mínimas exigidas por el derecho internacional tiene el deber de desplegar en el marco de su jurisdicción con el fin de salvaguardar un bien o un interés protegido por una obligación internacional frente a las conductas llevadas a cabo por particulares. Este deber de

debida diligencia se entenderá cumplido y satisfecho de dos maneras: ya sea previniendo la lesión o, habiéndose producido esta, persiguiendo a sus autores con el fin de repararla (Jiménez Piernas, 2011, p. 394-395). El principio de la debida diligencia se traduce así, en la práctica, en dos deberes concretos a cargo directamente del Estado: el deber de prevención y el deber de represión, deberes que el Estado puede incumplir con su propia conducta u omisión. En este caso, como bien afirma Pastor Ridruejo (2011, p. 555), no debemos entender que estamos ante una responsabilidad vicaria o indirecta sino efectivamente frente a una responsabilidad por hecho propio, es decir, por el incumplimiento de obligaciones directamente a cargo del Estado. Todo ello, obviamente, con independencia de que las conductas de los particulares sean penalizadas en el marco del derecho interno del Estado en cuestión e, incluso, puedan llegar a constituir también en sí mismas, en algunos casos, un supuesto de responsabilidad internacional individual, al amparo del derecho penal internacional.

Ahora bien, el estándar de la diligencia debida, a diferencia del principio del control efectivo analizado previamente, conlleva una obligación de

comportamiento con contenido flexible debido a su carácter contextual, porque el estándar de diligencia es el del buen gobierno (que involucra un criterio de razonabilidad) y porque, aun cuando en algunos casos pueda tener una dimensión extraterritorial, tiene un alcance fundamentalmente territorial (Casanovas, 2021, p. 555). Como bien afirma Novak (2001, p. 422), el derecho internacional no obliga a los Estados a impedir todo daño cometido por los particulares en su territorio, sino tan solo a dedicar sus mayores esfuerzos para prevenir dichos perjuicios. De allí que muchas de las situaciones que se plantean actualmente como, por ejemplo, los ataques cibernéticos cometidos por particulares de manera transfronteriza, en las que el control o las posibilidades estatales de prevención o sanción son escasos, podrían quedar sin una respuesta satisfactoria bajo el régimen actual de la responsabilidad internacional. También debemos tener en cuenta que existen ciertas normas de derecho internacional que obligan al Estado a respetar algunos derechos individuales cuyo ejercicio podría entrar en colisión con el deber de debida diligencia. Ejemplos de ello son el respeto a la privacidad de las personas y el derecho a la libertad de expresión.

Un ámbito en el cual se ha desarrollado un contenido bastante específico en cuanto al deber de la debida diligencia es en el sistema interamericano de derechos humanos. Así, el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México de 2009 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009, par.283 y 388) describe muy bien el contenido que, en un contexto concreto, puede llegar a tener la debida diligencia. En el mismo, la corte atribuyó responsabilidad a México por no haber actuado con la debida diligencia a la hora de prevenir e investigar la desaparición y ulterior muerte de un grupo de mujeres cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodón de Ciudad Juárez. En el párrafo 283 de su sentencia la Corte estableció lo siguiente:

En cuanto al segundo momento – antes del hallazgo de los cuerpos – el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras

horas y los primeros días ... En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.

Ahora bien, en muchos de estos casos, sino en todos, principalmente cuando el perjudicado es otro particular, además del examen del cumplimiento de la debida diligencia, existe la necesidad de cumplir con el requisito del agotamiento de los recursos internos antes de que la reclamación pueda ser elevada al plano internacional, tal como se analizó anteriormente. Pero la diferencia de este supuesto con relación al caso de la actuación de órganos estatales de jerarquía inferior o subordinada será la naturaleza de la conducta originaria vis-a-vis el

elemento objetivo del hecho ilícito internacional. En efecto, sin entrar en un análisis estricto de dicho elemento objetivo que, por lo demás, es ajeno a este trabajo, en el caso de la conducta de un agente estatal de rango inferior no necesariamente estará comprometida la conducta de un particular. En tales circunstancias, será la propia conducta original del agente la que de manera directa habrá de compararse vis-a-vis con el contenido de la obligación internacional para efectos de establecer la ilicitud. No se requerirá pues hacer un análisis de la debida diligencia ya que no estaremos ante la conducta de un particular respecto de la cual habría de medirse la debida diligencia del agente.

Para explicarnos mejor pondremos un ejemplo. Cuando estamos ante la conducta de un particular dicho comportamiento, aunque perjudique un bien o interés protegido por las normas internacionales, no es una conducta atribuible al Estado y, por tanto, no puede generar por sí misma un hecho ilícito internacional. Es más, las autoridades respectivas pueden tomar acciones subsecuentes para revertir la situación en cuestión como, por ejemplo, repararla, cumpliendo así con su deber de debida diligencia y evitando que el caso se eleve al plano

internacional. En efecto, cumplido el deber de reparación no existirá consecuentemente ninguna conducta atribuible al Estado que se califique de ilícita internacionalmente. Sin embargo, cuando la conducta originaria es la del agente estatal, esta conducta es automáticamente atribuible y si la misma no está conforme al derecho internacional, se constituirá el hecho ilícito internacional desde ese mismo momento.

Este aspecto, aunque parezca inocuo, es de la mayor relevancia en otro nivel de análisis, a saber, el de la determinación del momento en que se entiende producida la violación de la norma internacional. Este punto es crucial en el examen de aquellas situaciones en las que una obligación internacional entra en vigor en un momento posterior a la producción de la conducta original, ya sea del particular o del agente estatal. Aunque este análisis se relaciona más bien con las circunstancias en que se constituye el elemento objetivo, nos referiremos aquí brevemente a este tema para resaltar su importancia. Si la obligación internacional sustantiva directamente a cargo del Estado no está en vigor al momento en que se produce la primera conducta del agente estatal de rango subordinado (conducta plenamente

atribuible bajo las normas secundarias del régimen de la responsabilidad internacional), no se llegará a constituir ningún hecho ilícito internacional aún si la obligación llega a entrar en vigor posteriormente, e incluso si dicha entrada en vigor se produce antes de que se hayan agotado los recursos internos del Estado respectivo, en caso se requiera dicho agotamiento. Pero si estamos frente al caso de la conducta de un particular, la cual se produce cuando el deber de debida diligencia aún no está en vigor para el Estado en cuestión, y dicha obligación entra en vigencia antes de que se hayan agotado los recursos internos respectivos, se ha de entender violada la obligación a cargo del Estado si es que el órgano superior no repara la situación respectiva, pues esta última conducta, o más bien dicha omisión, plenamente atribuible al Estado, acontece cuando la obligación ya se ha vuelto exigible.

En conclusión, la regla general es que los actos de los particulares no son directamente atribuibles al Estado, salvo que hayan actuado de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado o hayan ejercido atribuciones de poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales en las circunstancias previamente analizadas. Sin embargo, en

todos estos casos, subsiste siempre la necesidad de analizar la conducta de los propios agentes estatales con relación al cumplimiento de su deber de debida diligencia en el marco del desarrollo de dichos comportamientos.

Cabe resaltar que, a diferencia de proyectos presentados a lo largo de los años en el seno de la CDI, el proyecto final de 2001 no contiene ninguna disposición relativa a este tema. Si bien la omisión podría justificarse por el hecho de que la formulación negativa de la regla hacía innecesaria su inclusión en el proyecto de artículos, coincidimos con Pastor Ridruejo (2011, p. 555) de que habría resultado conveniente desarrollar este asunto con miras a su mayor clarificación.

4.3 La conducta reconocida como propia

Finalmente, independientemente de las normas vistas anteriormente, debemos considerar el caso de aquellas conductas que, no obstante no cumplir con los requisitos de atribución, terminan siendo reconocidas por el propio Estado como suyas¹⁹. Se trata de conductas que al momento de producirse no son atribuibles al Estado en cuestión, pero cuya atribución tiene lugar a posteriori y por un hecho

ulterior de reconocimiento y adopción por parte de dicho Estado.

En la mayoría de los casos, el comportamiento que el Estado termina reconociendo y adoptando como propio es el de personas o entidades privadas. Esto ocurre muy frecuentemente en las relaciones internacionales cuando un Estado reconoce o no como propio, entre otros, un ataque terrorista llevado a cabo por una persona, o un ciberataque perpetrado por un grupo de hackers. También se puede dar en el contexto de la sucesión de Estados, aunque de las normas de derecho internacional existentes, no está claro si el nuevo Estado sucede en la responsabilidad del Estado predecesor con respecto a su territorio²⁰.

La doctrina ha desarrollado poco el supuesto del reconocimiento de una conducta como propia por parte del Estado, pero Barboza (2008, p. 408-409) nos trae a colación el caso de Adolf Eichmann, un nazi refugiado clandestinamente en la Argentina y que, siendo secuestrado por comandos israelíes, fue llevado posteriormente a dicho país para su juzgamiento por crímenes internacionales el 25 de mayo de 1960. La Argentina acusó a Israel por estos hechos, pero la primera ministra, Golda Meir, se refirió a los secuestradores como un simple

grupo de voluntarios. El Consejo de Seguridad de la ONU, en su resolución 138 (23/VI/60) sugirió que el gobierno de Israel habría tenido por lo menos conocimiento del plan y que habría dado su consentimiento. Señaló asimismo los peligros que podría entrañar la repetición de actos semejantes en un futuro. Así pues, el Consejo de Seguridad solicitó a Israel que hiciese la reparación adecuada al gobierno argentino. Dicha reparación se concretó en un comunicado conjunto de los dos gobiernos de fecha 3 de agosto de 1960.

Vale resaltar que este tipo de actos como el comunicado conjunto antes referido son generalmente considerados por la doctrina internacional como una medida de reparación adecuada. En efecto, no toda controversia interestatal tiene que judicializarse para derivar en una solución satisfactoria para ambas partes. Si bien en este caso el Consejo de Seguridad ejerció sus buenos oficios, bastaría con que dos Estados, sin intervención de un tercer actor, analicen una situación teniendo en cuenta las normas sobre responsabilidad internacional, para que concluyan, de mutuo acuerdo, que debe existir algún tipo de conducta reparatoria a cargo de uno de ellos. Esto nos lleva a sostener

que el régimen de la responsabilidad internacional de los Estados tiene también una vocación de aplicación espontánea²¹.

Con relación al caso Eichmann, la CDI (2007, p. 55) indicó que era muy posible que quienes capturaron a dicha persona hubiesen actuado de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de Israel y que, en ese caso hubiera sido más adecuado atribuir el comportamiento a dicho Estado en virtud del artículo relativo al de las personas actuando de hecho como agentes estatales. En todo caso, el reconocimiento y adopción ulterior de dicho comportamiento por parte Israel zanjó la cuestión. Sin embargo, no debemos confundir, bajo ningún concepto, estos dos supuestos. Aunque en ambos casos estamos ante la presencia de la conducta de agentes no estatales, en el supuesto que aquí nos ocupa es el Estado en cuestión, de manera unilateral, el que reconoce de manera expresa y posterior las conductas como propias y las adopta como tales. Es decir, se trata de un reconocimiento de responsabilidad *ex gratia*.

Así, por ejemplo, en el Asunto del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos ya analizado

anteriormente, hay que resaltar la distinción que hizo la Corte Internacional de Justicia (1980, par. 74) entre la situación jurídica existente inmediatamente después de que los militantes se apoderasen de la Embajada de los Estados Unidos y de su personal, y la creada por un decreto del Estado iraní por medio del cual se aprobó expresamente y se mantuvo dicha situación. Sobre el particular, el razonamiento de la corte queda muy bien explicado en el siguiente párrafo:

La política, anunciada por el Ayatollah Jomeini, de mantener la ocupación de la Embajada y la detención de su personal como rehenes con el propósito de ejercer presión sobre el Gobierno de los Estados Unidos fue aplicada por otras autoridades iraníes y apoyada por ellas repetidamente en declaraciones formuladas en diversas ocasiones. Esa política tuvo por efecto la transformación radical del carácter jurídico de la situación creada por la ocupación de la Embajada y la detención de sus funcionarios diplomáticos y consulares como rehenes. El hecho de que el Ayatollah Jomeini y otros órganos del Estado iraní aprobaran estos hechos y decidieran perpetuarlos convirtió la

ocupación de la Embajada y la detención de los rehenes en hechos de ese Estado.

En efecto, las palabras “reconocimiento” y “adopción” que utiliza la norma bajo análisis, tienen por objeto distinguir entre estos supuestos y aquellos en los que hay que inducir la atribución. La norma aquí analizada es aplicable siempre que esté clara la intención del Estado de aceptar la responsabilidad por un comportamiento que en principio podría no aprobar o que ha tratado de impedir y que, de otro modo, no le sería atribuible (CDI, 2007, p. 55-56).

4.4 Un caso actual: la República Democrática del Congo

Como habíamos señalado anteriormente, todas estas normas parecen responder a un ejercicio teórico-jurídico sin aplicación práctica, pero en el plano internacional se presentan actualmente situaciones complejas a las que eventualmente se tendría que dar algún tipo de respuesta, ya sea que se ventilen en un tribunal internacional o simplemente se tenga que determinar quién debería hacerse cargo de la indemnización de las posibles víctimas.

Una situación particularmente alarmante es la que se desarrolla hoy en día en la República Democrática del Congo, la que ejemplifica cómo en una única coyuntura podrían resultar siendo atribuibles (o no) a un Estado distintas conductas en diferentes planos: por la actuación de sus fuerzas policiales y armadas (actuando como tales; excediendo sus funciones; o, actuando con total autonomía y discreción y/o cometiendo delitos comunes como el tráfico ilícito de minerales); por la conducta de grupos armados insurreccionales o milicias ya sea por cuenta del Estado o por cuenta propia; y hasta por la conducción de actividades en dicho territorio por parte de otros Estados (a través de fuerzas militares oficiales o de mercenarios) y de organismos internacionales²². El propósito de esta sección es que a lo largo de la exposición de los hechos de uno de los conflictos armados más complejos del continente africano y del mundo, el lector pueda ir reflexionando sobre cuál o cuáles de las distintas posibilidades de atribución analizadas en este trabajo se pueden aplicar.

Durante las últimas décadas la zona oriental del Congo ha estado sumida en una profunda crisis. En 2021 su presidente, Félix Tshisekedi, declaró

el estado de emergencia en dos provincias particularmente violentas: Kivu del Norte e Ituri. Desde ese momento ha habido un gran número de víctimas. Sólo en 2022, más de dos mil personas fueron asesinadas a balazos o con machetes. Muchos miles más murieron de hambre y enfermedad a causa de la situación. Ese mismo año, casi un millón y medio de personas tuvieron que abandonar sus hogares aumentando así el número de refugiados transfronterizos a un total de más de cinco millones, el mayor número registrado actualmente después de los refugiados sirios.

Muchos actores están envueltos en esta situación. Mutwanga, un pueblo en Kivu del Norte, es el centro de operaciones de las Fuerzas Aliadas Democráticas (FAD), un grupo yihadista que en los últimos 5 años ha asesinado a más personas en el Congo que cualquiera otra milicia. En 2021, Estados Unidos catalogó a las FAD como una sucursal del Estado Islámico. Ni las fuerzas armadas del Congo ni las fuerzas de paz de la ONU, presentes en territorio congolés desde hace un tiempo atrás y conocidas como MONUSCO, han podido desarticular a las FAD. Adicionalmente a la presencia de la MONUSCO, en 2021, el Congo dio su consentimiento

para que las fuerzas armadas de Uganda ingresaran en su territorio como respuesta a un bombardeo de las FAD en Kampala, la capital de Uganda. Sin embargo, más que coadyuvar en la lucha contra las FAD todo indica que, con la presencia de sus fuerzas armadas en territorio congolés, el presidente de Uganda, Yoweri Museveni, quiere asegurar la prolongación de los beneficios económicos que obtiene de dicha región.

Un poco más al sur, Ituri es la mayor productora de oro en el Congo, gran parte del cual es traficado ilegalmente por CODECO (Cooperativa para el Desarrollo del Congo). Lejos de ser una ONG, como podría sugerir su nombre, CODECO es otra milicia que se constituyó entre los agricultores de la etnia Lendu, y que practica violaciones, decapitaciones y desmembramientos de personas como parte de sus actividades. Las autoridades locales se niegan a negociar con ellos pues no quieren dialogar en un plano de igualdad con un grupo acusado de cometer dichas atrocidades. En 2022, un grupo de ONGs calificó las acciones de CODECO como conductas genocidas dirigidas particularmente contra la etnia Hema. Sin embargo, CODECO se auto define como un grupo escasamente armado,

con pocos recursos debido a que está compuesto principalmente por agricultores, y cuyo único propósito es auto defenderse precisamente de los Hema y de las fuerzas armadas del Estado. Sostiene además que no debe ser acusado de genocidio porque este es un crimen que jurídicamente sólo puede tener como autor a un Estado. Por su parte, el gobierno del Congo está permitiendo a las fuerzas armadas de otro país, en este caso Burundi, atacar a CODECO a lo largo de la frontera que comparten ambos países.

Para complicar la situación, desde hace un tiempo atrás, el presidente de Rwanda, Paul Kagame, comenzó a enviar sus propias tropas a territorio congolés con el objetivo de impedir que Uganda consolide los lazos económicos con el Congo en detrimento de sus propios intereses. Esto ha ocasionado que recientemente resurja un tercer movimiento armado, el M23, que no había estado en actividad desde 2013, año en el cual las potencias regionales además de Sudáfrica y los Estados Unidos presionaron a Rwanda para que dejara de apoyar a dicho grupo. Desde el 2021, el M23 ha asesinado a numerosos civiles, ha atacado diversas bases armadas y ha capturado varios pueblos que han quedado bajo su control. En junio de 2022 el

M23 estuvo a punto de tomar Goma, la principal ciudad en el oriente del Congo. En agosto de ese mismo año el M23 atacó el mayor proyecto hidroeléctrico del Congo oriental, considerado vital para la sobrevivencia económica de esta zona. El Congo acusa a Rwanda de estar una vez más apoyando al M23 el cual, a diferencia de los grupos mencionados anteriormente, actúa más como una fuerza armada regular ya que utiliza artillería pesada y está menos interesada en el tráfico de minerales. Rwanda niega estos cargos y al mismo tiempo acusa al Congo de seguir acogiendo a las milicias Hutu, grupo responsable del genocidio de 1994 en Rwanda. El gobierno del Congo ha comenzado a desplazar tropas adicionales a Ituri, aumentando las tensiones con Rwanda y dejando más desprotegida la zona de Kivu del Norte.

Adicionalmente, en abril de 2022, poco después de que el Congo se uniera al bloque comercial “Comunidad de África Oriental” (CAO), su presidente aceptó que dicha comunidad formara una fuerza multinacional para combatir a los grupos rebeldes en su territorio. Los detalles y las características de esta aún se desconocen con precisión, aunque se sabe que estaría bajo las órdenes de un oficial

de Kenya. Dicha fuerza multinacional podría eventualmente entrar en conflicto operacional con las fuerzas ya existentes como las de Uganda y Burundi, la propia MONUSCO y con las fuerzas armadas del Congo.

Con relación a estas últimas, se considera que dichas fuerzas armadas son la tercera mayor responsable en cuanto a número de muertes civiles después de las FAD y CODECO. Se caracterizan por ser ineficientes y por actuar fuera de la ley, aprovechándose y abusando del estado de emergencia decretado en las zonas donde opera y de la instauración de la ley marcial, beneficiándose además del control que ejerce y de los beneficios que obtiene por la comisión de actos de corrupción y el tráfico ilícito de minerales. No obstante ello, las autoridades congoleñas se niegan a realizar cualquier intento de reforma de las mismas.

Como vemos, la parte oriental del Congo es escenario de decenas de conflictos y de actores y, aunque hemos mencionado solo a los principales, este país alberga a más de 120 milicias distintas, caracterizándose además por una ausencia casi total de la autoridad estatal en gran parte de su territorio. Si bien la guerra que llevó a 8 países del África y a numerosas

milicias a intervenir en el Congo en 1998 finalizó en 2003, luego del derrocamiento de su presidente Mobutu Sese Seko, la paz verdadera no ha llegado aún a dicho país y las relaciones con sus vecinos, especialmente con Uganda y Rwanda, son extremadamente complicadas.

Desde el punto de vista jurídico, si intentamos trazar un esquema con la variedad de posibilidades de atribución de conductas que se podrían presentar al interior de un mismo país, nos daremos cuenta de la importancia de tener claras las normas presentadas en este trabajo. En algún momento futuro, cuando se deba decantar las eventuales responsabilidades por los actos que se vienen cometiendo actualmente en la República Democrática del Congo, se deberá tener presente todo esto.

Ahora bien, un dato adicional a tener en cuenta es que el 9 de febrero de 2022, la Corte Internacional de Justicia determinó el monto de la reparación debida por parte de Uganda a la República Democrática del Congo en virtud de una sentencia del mismo tribunal de 19 de diciembre 2005 en la cual se establece la responsabilidad del primero por las acciones militares llevadas a cabo en el territorio de este

último. En dicha ocasión la corte hizo responsable a Uganda por actos de tortura, tratos crueles e inhumanos contra la población civil congoleña, el reclutamiento de menores, la incitación al conflicto étnico y la falta a sus obligaciones como potencia ocupante con relación a los derechos fundamentales de la población. El monto fijado por la corte ha sido de cinco cuotas de 65 millones de dólares a ser pagadas entre 2022 y 2026 por un total de 325 millones de dólares. Desde el punto de vista de la aplicación del régimen de responsabilidad internacional, este es uno de los casos más interesantes y complejos que ha tenido que resolver la Corte Internacional de Justicia (CIJ, 2010, p. 152-170).

A manera de conclusión

Como queda evidenciado en el caso presentado anteriormente, la práctica internacional pone de manifiesto la importancia, pero también las eventuales limitaciones que tienen las reglas sobre atribución en su intento de dar solución a las particularidades que se presentan en el marco de la comisión de los hechos ilícitos. Hoy en día existen supuestos de responsabilidad compartida o derivada en los que una multiplicidad de actores tales

como Estados, organizaciones internacionales e incluso actores no estatales, contribuyen a que se produzca *un único resultado* contrario a una norma internacional. La aplicación de las normas sobre responsabilidad internacional se ha vuelto cada vez más compleja, especialmente en lo que respecta a la atribución de las conductas al Estado en cuestión.

En adición a ello, en el caso de la actuación de actores no estatales, actualmente no existen estándares específicos. Y muchas de las situaciones que se plantean hoy en día como, por ejemplo, los ataques cibernéticos cometidos por particulares de manera transfronteriza²³, o el robo o utilización ilícita de datos personales por parte de empresas extranjeras, en las que el control o las posibilidades de prevención o sanción por parte de los Estados son escasos; o el uso de la inteligencia artificial para operar armas autónomas, quedan sin una posible solución efectiva. Una pregunta adicional en estos supuestos es si la sola violación de la soberanía o jurisdicción estatal viola per se una obligación internacional o si debe existir un daño fáctico (elemento no considerado por la doctrina actual como constitutivo del hecho ilícito internacional).

Sin embargo, el primer paso es entender a cabalidad el funcionamiento de las normas sobre responsabilidad internacional tal como están diseñadas actualmente. Esto nos permitirá dar respuestas más satisfactorias, claras y objetivas a las interrogantes que actualmente se nos presentan. Si bien puede parecer que las normas sobre atribución de conductas nos llevan en todos los casos al mismo resultado, ello no es así. Para cumplir con una obligación internacional, el Estado debe mostrar una conducta (acción u omisión) y dependiendo de qué entidad o persona actúe o deje de actuar, aplicaremos a nuestro análisis diferentes filtros y, según el resultado, podremos evaluar si la obligación fue efectivamente violada o no. Asimismo, el momento en que se produce el comportamiento en cuestión tendrá suma relevancia a efectos de determinar si existe o no una obligación a cargo del Estado en dicho preciso instante, pudiéndose así constituir el elemento objetivo del hecho ilícito internacional.

En el peor de los casos, un entendimiento cabal del régimen clarificará los aspectos en los que el derecho internacional debe seguir desarrollándose de manera progresiva para satisfacer los nuevos retos que se

presentan. Somos conscientes de que nuestro trabajo puede dejar planteadas más preguntas que respuestas. De ser así nos damos por satisfechos de haber generado el interés por seguir profundizando en esta área tan apasionante del derecho internacional.

Bibliografía

- Barboza, Julio. (2008). Derecho internacional público (2ª. ed.). Zavalía.
- Casanovas, Oriol y Rodrigo, Ángel J. (2021). Compendio de derecho internacional público (10ª. ed.). Tecnos.
- Casanovas, Oriol y Rodrigo, Ángel J. (2016). Casos y textos de derecho internacional público (7ª. ed.). Tecnos.
- Comisión de Derecho Internacional. (2007). Anuario 2001, vol. II, 2ª. parte. Naciones Unidas.
- Comité Jurídico Interamericano. (2020). Derecho internacional y operaciones cibernéticas. Organización de los Estados Americanos.
- Corte IDH. (1988, 29 de julio). Serie C No. 4 (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo).
- Corte IDG. (1998, 27 de agosto). Serie C No. 39 (Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas).
- Corte IDH. (2009, 16 de noviembre). Serie C No. 205 (Caso González y otras - "Campo Algodonero" - Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Internacional de Justicia, Reports (1980). United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran.
- Corte Internacional de Justicia. (1992). Resúmenes de los Fallos, Opiniones Consultivas y Providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991. Naciones Unidas.
- Corte Internacional de Justicia. (1999, 29 de abril). Opinión consultiva sobre la Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos. <https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1999-es.pdf>

Corte Internacional de Justicia (2010). Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2003-2007. Naciones Unidas.

Crawford, James. (2019). *Brownlie's principles of public international law* (9a. ed.). Oxford.

Díez de Velasco, M. (1982). *Instituciones de derecho internacional público* (6ª. ed.). Tecnos.

Jiménez Piernas, Carlos. (2011). *Introducción al derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión Europea*. Tecnos.

Negro, Dante. Una aproximación al estudio de la responsabilidad internacional de los Estados. *Derecho y Sociedad – Revista de Derecho*, Año 3, No. 5.

Novak, Fabián y García-Corrochano, Luis. (2001). *Derecho internacional público: Sujetos de derecho internacional*, tomo II, volumen 1. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pastor Ridruejo, José A. (2011). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales* (15ª. ed.). Tecnos.

Ramacciotti, Beatriz (1993). *Derecho Internacional Público: Materiales de Enseñanza*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rodríguez Carrión, Alejandro. (1994). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos.

The Economist (2022, 1 de octubre). *The Democratic Republic of Congo: Dispatch from a forgotten war*.

Velásquez Argaña, Ernesto (2023). *Derecho internacional contemporáneo en la teoría y en la práctica*.

^{1.} Las ideas vertidas por el autor en este trabajo son de su exclusiva responsabilidad y para nada comprometen a la Organización en la que trabaja.

^{2.} Desde hace unas décadas atrás, se ha empezado a analizar también las condiciones bajo las cuales la responsabilidad internacional de los Estados puede surgir por la comisión de actos no prohibidos por el derecho internacional, es decir, por la comisión de actos lícitos. Paralelamente ha surgido un régimen relativo a la responsabilidad internacional ya no de los Estados sino de las personas individuales en el marco del denominado derecho penal internacional.

^{3.} En el caso particular del sistema interamericano esto se traduce, por ejemplo, en las actuaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, no debemos olvidar que en estos casos el impulso para que un asunto llegue a dicho tribunal se genera no por la iniciativa de uno o varios individuos sino de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En efecto, el artículo 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

^{4.} La Comisión de Derecho Internacional de la ONU es un órgano compuesto por expertos de reconocida competencia en derecho internacional con el objetivo de impulsar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Fue establecida por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 174 (II) del 21 de noviembre de 1947.

^{5.} Las otras causas excluyentes de la licitud identificadas en el proyecto de la CDI además de la legítima defensa son: el consentimiento, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad (ver los artículos 20 a 27 del proyecto de la CDI).

^{6.} Los primeros tres artículos del proyecto de la CDI establecen que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional (Artículo 1: Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos). Asimismo, señalan que hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión a) es atribuible al Estado según el derecho internacional y b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado (Artículo 2: Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado). Finalmente establecen que la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional y que tal calificación no es afectada por la calificación de este hecho como ilícito por el derecho interno (Artículo 3: Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito).

^{7.} En efecto, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que “(...) la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas deberá aplicar ... las decisiones judiciales ... como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho” sin distinguir, para estos efectos, entre decisiones judiciales de tribunales internos o internacionales.

^{8.} Para estos efectos tampoco será determinante la actitud psicológica de las personas que realizan las conductas en cuestión. Esto significa que el dolo o la culpa no serán relevantes a los efectos de dicha atribución. Estas consideraciones podrán tener incidencia, por ejemplo, en el establecimiento de la responsabilidad penal individual de dichas personas en el plano interno o en la determinación de la reparación, pero no para el surgimiento del hecho ilícito internacional (Casanovas, 2021, p. 549-550).

⁹ El artículo 4 del proyecto de la CDI determina que se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. Indica que se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado (Comportamiento de los órganos del Estado).

¹⁰ Pastor Ridruejo dedica una sección muy interesante al tema de los hechos ilícitos provenientes del poder judicial y la denegación de justicia (Pastor Ridruejo, 2011, p. 557-560).

¹¹ El artículo 5 del proyecto de la CDI establece que se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad (Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público).

¹² El artículo 6 del proyecto de la CDI establece que se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra (Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado).

¹³ El artículo 47, párrafo 1, del proyecto de la CDI determina que cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado en relación con ese hecho (Pluralidad de Estados responsables).

¹⁴ Este mismo parámetro se aplica a los casos de actuación de los órganos o representantes de las organizaciones internacionales en el territorio de un Estado. Si bien el proyecto de la CDI de 2001 no contiene una referencia a este tipo de situaciones, el artículo 13 del proyecto de 1996 establecía que no se considerará hecho del Estado, según el derecho internacional, el comportamiento de un órgano de una organización internacional que actúe en esa calidad por el sólo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción (Pastor Ridruejo, 2011, p. 556). A este respecto debemos recordar que la propia CDI aprobó también en 2011, durante su 63 período de sesiones, la versión definitiva de los artículos referidos a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, en donde sí se incluye esta figura.

¹⁵ El artículo 7 del proyecto de la CDI señala que el comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones (Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones).

¹⁶ El artículo 10 del proyecto de la CDI establece que se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado. También establece que el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho

del nuevo Estado según el derecho internacional. Finalmente establece que todo esto se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9 (Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole).

¹⁷ El artículo 8 del proyecto de la CDI establece que 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 este Estado al observar ese comportamiento (Comportamiento bajo la dirección o control del Estado).

¹⁸ El artículo 9 del proyecto de la CDI establece que 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 ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones (Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales).

¹⁹ El artículo 11 del proyecto de la CDI 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 (Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio).

²⁰ En efecto, el artículo 39 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978 establece que sus disposiciones no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a los efectos de una sucesión de Estados respecto de un tratado pueda surgir como consecuencia de la responsabilidad internacional de un Estado o de la ruptura de hostilidades entre Estados.

²¹ El régimen de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos se aplica, como hemos visto a lo largo de todo este trabajo, a toda situación que implique la eventual violación de una obligación internacional. Sin embargo, podríamos preguntarnos cuál sería el interés de un Estado de invocar la responsabilidad internacional de otro Estado a través de un medio judicial por incumplir un tratado de derecho internacional privado en el que la única parte afectada es una persona particular. En nuestra opinión, las normas sobre la responsabilidad internacional, más que conducir inevitablemente hacia la judicialización del conflicto (lo cual muchas veces tampoco es posible), son una herramienta para determinar de manera clara y objetiva la legitimidad y legalidad de las aspiraciones de uno o más Estados en una situación específica, ya sea que posteriormente dicha situación se resuelva ante un tribunal internacional o mediante cualquier otro medio de solución de conflictos, incluso a través de la mera negociación directa entre las partes.

²² Los datos han sido extraídos del artículo “The Democratic Republic of Congo: Dispatch from a forgotten war”, de *The Economist* (2022, 1 de octubre).

²³ Sobre el tema del derecho internacional y las operaciones cibernéticas del Estado, el Comité Jurídico Interamericano elaboró recientemente un estudio muy interesante en el que se explica cómo los Estados entienden la aplicación del derecho internacional al ciberespacio

(Comité Jurídico Interamericano, 2020). En dicho estudio se sugiere a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que adopte una declaración afirmando que el derecho internacional, incluyendo el derecho de responsabilidad estatal, es aplicable al uso de las tecnologías de la información y de la comunicación por parte de los Estados y de quienes son responsables internacionalmente.

Sobre el autor

Dante Mauricio Negro Alvarado



Dante Negro, abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú donde siguió además estudios de postgrado en Derecho Internacional Económico. Máster en Derecho Internacional y en Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame, Indiana. Ha trabajado en la Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.) desde 1995 y ejercido como Director del Departamento de Derecho Internacional de dicha Organización desde el 2006.

Es profesor en la Maestría en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de

Alcalá, España, y profesor honorario de la Universidad de San Martín de Porres de Lima, Perú. Es miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional (IHLADI), del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEI-PUCP), y de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Además, es miembro del Consejo Editorial de la Revista “Agenda Internacional” del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEI-PUCP).

Sumario

- I. *Putting the topic back into perspective;*
- II. *Scope and object of the present course;*
- III. *Outline.*



International Law Before Domestic Courts

Mathias Forteau

The relationship between international law and domestic law is, since the end of the 19th century, an integral part of international law studies. In the past, given the fundamental interstate nature of international law, the articulation between international law and domestic law was mostly discussed at a theoretical level. Nowadays, with the increasing number of international rules allocating rights to individuals, it has become a much more important issue to determine to what extent international law can be, or actually is, effectively applied in practice in domestic legal orders and, especially, by domestic courts. The present course's objective is to explore the many dimensions of contemporary uses of international law in the current practice of domestic courts.

Putting the topic back into perspective

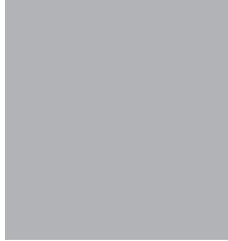
Since the early 21st century, there have been lively academic debates on the “*rappports de système*” between international law and domestic law¹ and on the *summa divisio* between “monism” and “dualism”.² Such debates are, in principle, part of the ordinary curriculum of international lawyers in law schools and universities. Even in an era of globalization or transnationalization of law, contemporary handbooks, general courses, and teachings in international law keep on dealing with monism and dualism and the articulation between international law and domestic law, for the purpose of better understanding the specific nature of international law and testing the persistent accuracy of the traditional divide between international law and domestic law, which remains the basic structure of law thinking.³

Over time, the application of international law by domestic courts became an important (and sometimes quite sensitive) practical issue. The number of situations where international law is invoked before domestic courts has grown exponentially since 1945 and even more in the last three or four decades, and the legal techniques deployed by them in order to better enforce international law have experienced significant progress. It led academics to develop new tools to better identify what could be called the “domestic practice (or litigation) of international law”,⁴ and to assess in detail the nature, forms, and effects of the said practice.⁵

Some authors already perceived a century ago the emergence of these practical challenges. In a seminal study published in 1937,⁶ Kopelmanas accurately observed that the abstract notions on which monism or dualism were based permitted in fact to defend “with pure logic” any conceptual system and were not really operational.⁷ As he said, a theory on the relationship between international law and domestic law is satisfying only to the extent that it both reflects the reality and can explain all the specificities of the practice, and it was already clear in the 30s

that neither the monist nor the dualist theory corresponded to the reality.⁸ As Kopelmanas put it, the core issue was, and remains, to determine how domestic courts and tribunals approach the said relationship when they are requested in specific cases to apply international rules,⁹ bearing in mind that practice may (and in fact, constantly do) evolve in that regard. As he rightly put it, (my translation) “the hierarchical superiority is not an attribute which is inherent to a given legal order, it is a power relationship [“*rapport de puissance*”] which must be conquered and defended”.¹⁰ No “immanent rules”, thus, but day-to-day initiatives and actions, to improve the enforcement of international law before domestic courts.¹¹

In addition, it is no longer an area of law that only attracts the attention of international lawyers. While international lawyers need to keep working on the domestic implementation of international law (to the extent in particular that most of the effectiveness of international law depends on its application at the domestic level), any domestic lawyer is also supposed nowadays to master the general mechanisms of international law, in order to use them, when necessary, as a legal resource for the purpose of



domestic adjudication.¹² This is all the more true given that domestic practice of international law is not limited to important contemporary challenges such as the fight against impunity in case of international crimes,¹³ war reparations,¹⁴ climate change litigation,¹⁵ biodiversity litigation,¹⁶ the right of self-determination of peoples,¹⁷ or the quest for some form of reparation for colonial acts.¹⁸ Domestic litigation of international law also concerns more trivial legal disputes involving individuals with regard to their ordinary, private rights in a wide range of areas.

Given the increasing relevance and sophistication of this practice, there is a need for a general mapping of the situations where international law can be used before domestic courts and of the tools to be resorted to invoke international law in an efficient manner before them. The objectives of the present contribution to the series

“The number of situations where international law is invoked before domestic courts has grown exponentially since 1945 and even more in the last three or four decades, and the legal techniques deployed by them in order to better enforce international law have experienced significant progress.”

of courses organized and hosted by the Organization of the American States are twofold, that is (i) to shed some clarity about the ongoing practice in the field and (ii) to illustrate the variety and richness of the current practice, with a view to provide the reader with a better understanding of

the said practice and with suggestions on how to use international law in concrete situations before domestic courts.

Scope and object of the present course

Three caveats are in order to better delineate the scope and object of the present course.

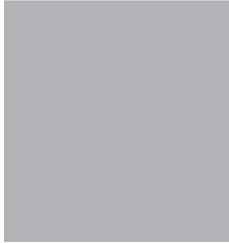
* First, the present course will focus on international law before domestic courts and will not address other domestic authorities. This being said, it is important not to forget that international law is also applied (first and foremost) by domestic non-judicial authorities, in particular the Executive Branch.¹⁹

In France, it was clearly stated as early as 1839 by the Cour de cassation that all branches of the government (executive, legislative, judiciary) must comply with treaties.²⁰ International law mirrors that statement by providing that every wrongful act, whether it is adopted by the legislative, the executive, or the judicial branch, entails State responsibility at the international level.²¹ The legal advisers of the ministries of foreign affairs play in particular a crucial role in ensuring

compliance with international law at the domestic level. In a statement made before the Sixth Committee of the United Nations General Assembly on 29 October 2021, the President of the International Court of Justice, Judge Donoghue, observed that these legal advisers proceed in practice quite in the same manner than international courts and tribunals, despite not being judges.²²

There is in fact a close connection between judicial and non-judicial authorities to the extent that domestic authorities, even if non-judicial, work under the “shadow” of courts and tribunals when their acts can be submitted to judicial review. The mere fact that a domestic (or international) court may be called to enforce international law in a given case necessarily has an impact nowadays on the conduct of other branches of the government, which are supposed to comply with international law and could be challenged for having failed to do so.²³ The stronger the judicial review is, in particular at the domestic level, the greater the attention to international law will be paid by political or administrative authorities.

* Second, the present article is nothing more than a snapshot of today’s



situation, which will certainly evolve in the future. Progress (or regress) can always happen, towards more (or less) effectiveness in the enforcement of international law by domestic courts. Litigating international law before domestic courts could, depending on the historical, political or social context, either serve as a way to improve the effectiveness of international law or as an impediment to such effectiveness, if, for instance, domestic judges do not possess the required expertise, or develop a particular national approach which could be dissonant with the general views on what international law states on a given issue.²⁴ Reciprocally, if on some instances nationalism or populism could regrettably play against international law before domestic courts, in other instances, domestic law could be more protective than international law, and considerations of equity, justice or progress could sometimes legitimate some form of resistance from

“In a statement made before the Sixth Committee of the United Nations General Assembly on 29 October 2021, the President of the International Court of Justice, Judge Donoghue, observed that these legal advisers proceed in practice quite in the same manner than international courts and tribunals, despite not being judges.”

domestic courts against too-conservative international rules. To put it bluntly and at the risk of demystifying the “internationalist project”, international lawyers need to accept that international law is not always necessarily “better” than domestic law.²⁵

“...international lawyers need to accept that international law is not always necessarily “better” than domestic law.”

* Finally, it is important to bear in mind that there exists no straight jacket. The solutions arrived at concerning the application of international law by domestic courts depend on the specificities of each domestic legal system and legal culture and traditions. For instance, in some countries, it is felt that the conformity with international law of decisions to extradite is a matter for the Executive Branch only to decide, while in other countries, there is the view that judicial control is necessary. But, again, there is nothing immutable here. As we have seen and as Kopelmanas⁷ put it a century ago, the relationship between international law and domestic law is not a given. It is something which is subject to evolutions. Such evolutions are eventually driven by political choices or judicial legal strategies.

Outline

With these caveats in mind, the present course will proceed as follows. It will first set the scene by presenting the general framework (Section I). It will then explore the many ways in which international law can be used as a legal tool before domestic courts (Section II), before, in the opposite direction, assessing the obstacles that the use of international law before domestic courts still face (Section III). Given the wide amount of materials on the topic, the present course does not pretend to be exhaustive on each issue. To the contrary, as a course, it will focus on general observations, based on a sample of illustrative examples.

I. The General Framework

For young generations of international lawyers, the application of international law by domestic courts may be seen as a given, something self-evident, which is part of domestic courts “routine”.²⁶ It is indeed (at least in democratic countries, and at least to some extent). But it used not to be. To better understand the current state of affairs of domestic courts being more and more seen as the judges of first instance of international law (in

French, which sounds better: “*juges de droit commun* du droit international”), some general explanations are needed, that will be explored in turn.

1. International law before domestic courts was mainly a non-issue before 1945.

For many decades and centuries, the question of whether or not, or how international law could be applied before domestic courts was in fact a non-issue. Even regarding domestic law itself, there was before 1945 no real judicial review of the acts of the Executive or the Legislative Branch. To that extent, the fact that States could be declared responsible of breaches of their obligations before international courts and tribunals (see the arbitral practice of the 19th century) was at that time far more progressive than the situation prevailing before many domestic courts where no such judicial monitoring of State authorities' conduct was really effective. A fortiori, international law was not considered as being to be enforced by domestic courts. And for good reasons at that time, since international law and domestic law were autonomous in many respects. While international law dealt with inter-states relationship, domestic laws were mainly dealing with individuals'

relationships. The focus of international law was on matters which were not at the core of domestic laws (war, trade between States, and diplomatic relations).

In that context, the Permanent Court of International Justice considered in 1928 that, “according to a well-established principle of international law, (...) an international agreement cannot, as such, create direct rights and obligations for private individuals”, even if “the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and

“...Georges Scelle's theory of the *dédoulement fonctionnel*, which means that domestic authorities are vested with two different functions: They both act as domestic authorities and as international authorities, depending on the legal order (international or domestic) in which they exercise their powers.”

enforceable by the national courts.”²⁷ If, admittedly, the World Court envisaged individual rights to be adjudicated by domestic courts, it was in an indirect way, through the medium of State legislative activities.

That may explain the success in the early 21st Century of the dualist theory, according to which international law is autonomous from domestic law and only applies in domestic law after some process of incorporation by a domestic rule. That explains too Georges Scelle’s theory of the *dédoublement fonctionnel*, which means that domestic authorities are vested with two different functions: They both act as domestic authorities and as international authorities, depending on the legal order (international or domestic) in which they exercise their powers.

The dualist approach still has some value today, in some respects at least. First, it protects international law from unilateralism. As Article 27 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties and Article 3 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility recall, a State cannot invoke its own domestic law to justify the non-application of international law.²⁸ Second, it ensures that international

law is based on a uniform set of legal concepts, which transcends the great diversity of domestic legal concepts and in the absence of which international law could not operate.²⁹ Third, the formal distinction between international law and domestic law allows some flexibility in their relationship, for instance by permitting States, when necessary, to derogate from international law when they consider that the specificities of their domestic rules require it.³⁰

2. There is an increasing interrelationship between international law and domestic law since 1945 and especially since the 90s.

Both the dualist and the *dédoublement fonctionnel* theories did not deny that international law can be relevant in domestic law. To the contrary, they were based on the premise that international law and domestic law interact. It is because of such interaction that the need was felt to articulate their relationship at the theoretical level. It led some authors to observe that under Scelle’s *dédoublement fonctionnel* theory, domestic courts possess an “international judicial function.”³¹ However, the practice of enforcing international law before domestic courts remained quite scant

for many years. The situation radically changed since 1945 and especially since the 90s, for two main reasons.

* To begin with, there is an increasing overlap or convergence between international law and domestic law concerning the substantive domains they regulate (human rights; economic law, such as foreign investment law; law of the sea; health law; judicial cooperation; international criminal law; etc.) and their addressees or “subjects” of law. On the one hand, international norms are more and more “inward-looking” norms, “that is to say norms that aim to regulate State conduct within the domestic jurisdiction”³² – in other words, individuals are more and more often the addressees of international norms, that they can invoke to their own benefit. On the other hand, States have been progressively subject to domestic judicial review. Accordingly, there is no fundamental distinction today between international law and domestic law with regard to their fields of application and the possible litigants (subject to disputes between individuals only, which remain exclusively a domestic – or transnational – issue and are not as such under the realm of public international law).

* Second, international law is more and more dense and detailed, and it requires more and more often to be materialized and enforced at the domestic level. As a result, the idea that international law and domestic law are autonomous is less and less an accurate description, since a great number of existing international norms presuppose some form of application or enforcement at the domestic level – meaning that they are not conceived of as being self-standing. While, for instance, the prohibition of the use of force can apply as it stands in the international sphere, international conventions on the repression of international crimes or judicial cooperation, or bilateral treaties on investments, or international rules on the protection of the environment require some form of domestic action to produce effect. From that perspective, international law and domestic law go hand-in-hand. Instead of being seen as two Robinson Crusoe living each in their own island, today they form a partnership to address contemporary challenges.

3. The current practice obliged to revisit some traditional mechanisms of international law.

In light of such evolution, some traditional mechanisms of international law needed to be adjusted to the new reality. This is true, in particular, of

“...the idea that international law and domestic law are autonomous is less and less an accurate description, since a great number of existing international norms presuppose some form of application or enforcement at the domestic level – meaning that they are not conceived of as being self-standing.”

diplomatic protection, which is quite relevant for the present course on domestic adjudication of international law due to the well-established rule requiring the exhaustion of local remedies.

As it is well-known, diplomatic protection is the legal process according to which, what is initially a dispute between an individual and a State, is transmuted into an international dispute between two States. As such, diplomatic protection is based on a legal fiction. Indeed, the international interstate dispute is in fact the same dispute as the initial dispute, but in order to be able to settle the dispute at the international level, it has to be

nominally transformed into an another, interstate dispute. Such fiction carries its own legal consequences, in particular the fact that the State (of nationality of the individual) which will make its own the individual claim (after the exhaustion of local remedies) has no obligation to espouse that claim, and, if it does and obtains compensation, has no obligation to redistribute the compensation to the individual who was the real victim. This is because, as the Permanent Court of International Justice put in *Mavromatis* in 1924,

“It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.”³³

On the basis of such fiction, the International Court of Justice went on to specify decades later that, to some

extent at least, the initial domestic claim is different from the international claim, both in form and content. In 1989, the Court considered that:

“the local remedies rule does not, indeed cannot, require that a claim be presented to the municipal courts in a form, and with arguments, suited to an international tribunal, applying different law to different parties: for an international claim to be admissible, it is sufficient if the essence of the claim has been brought before the competent tribunals and pursued as far as permitted by local law and procedures, and without success”.³⁴

Today, the idea that the applicable law is not the same before international and domestic courts when “the essence of the claim” is the same is highly questionable. When the individual claim is based on a breach of an international obligation (in the field of human rights or foreign investment law, in particular), the same obligation and applicable law (i.e., international law) can be invoked at the domestic and at the international levels – provided that the international rule at stake is self-executing in the domestic sphere, which is the case nowadays of many individual rights. The fact that international law is more and more often

part of domestic law (through its incorporation in dualist countries or its direct application in monist countries) necessarily challenged the traditional conception of diplomatic protection. Accordingly, the ICJ started considering in 2007 (building on the recent work of the ILC on the topic of diplomatic protection, which moved away from the *Mavrommatis* conception) that:

“Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights”.³⁵

In other words, the Court acknowledged that due to the evolution of international law, the rights protected through recourse to diplomatic protection are often today international rights of the individuals as such. Admittedly, at the compensation stage, the Court decided in this case, in the operative part of the judgment, that the compensation was “due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea” – following

“...the traditional divide between dualism and monism is no longer relevant, at least if it is used in a too rigid and binary mode.”

thus the Mavrommatis conception of diplomatic protection as a purely interstate claim. But at the same time, the Court stressed in the reasoning of the judgment that “the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter’s injury.”³⁶

Ten years later, in a case which was not a diplomatic protection case (the Applicant State acting to protect human rights that were breached at a massive scale), the Court followed a similar approach. The Court granted compensation to the Applicant State (the Democratic Republic of the Congo), but stressed in the reasoning that: “the reparation awarded to the DRC for damage to persons and to property reflects the harm suffered by individuals and communities as a result of Uganda’s breach of its international obligations. In this regard, the Court takes full

cognizance of, and welcomes, the undertaking given by the Agent of the DRC during the oral proceedings regarding the fund that has been established by the Government of the DRC, according to which the compensation to be paid by Uganda will be fairly and effectively distributed to victims of the harm, under the supervision of organs whose members include representatives of victims and civil society and whose operation is supported by international experts. In distributing the sums awarded, the fund is encouraged to consider also the possibility of adopting measures for the benefit of the affected communities as a whole.”³⁷

What these judicial developments tell us is that in a world where individuals are vested with an increasing number of international rights, that are capable of being invoked both before domestic and international courts, the traditional mechanisms that serve to enforce international law need to be redefined or at least adjusted. It also confirms in many situations today, the applicable law at the domestic level is not really different from the one to be applied by international courts and tribunals. This has an impact on the respective roles of domestic and

international courts (or the sharing of tasks between them), as we will see later.

4. The current practice no longer fits the traditional, abstract divide between monism and dualism.

The fact that, in the last thirty years, international law increasingly penetrated domestic legal orders entails that the traditional divide between dualism and monism is no longer relevant, at least if it is used in a too rigid and binary mode. What is needed today, to fully grasp the complexity and subtlety of the relationship between international law and domestic law and as a result the significant role played in the 21st century by domestic courts in the application of international law, is a more sophisticated or granular conception of monism and dualism. We need indeed to accept that a same country can be monist in relation to some international law rules (customary international law for instance) and dualist in relation to others (treaties, for instance). In addition, there exist many forms and degrees of monism and dualism. As a result, it would be more accurate to say that a State is more and less dualist or monist rather than dualist or monist. Whether and to what extent it is monist or dualist depends on the specific

assessment of each relevant scenario, and different solutions can prevail in one single State. No general solution prevails here. It is to be assessed on a case-by-case basis, with a myriad of possible outcomes. Let's take four examples to illustrate:

* The first example concerns the distinction to be made in many countries between the different sources of international law. In France for instance, a treaty prevails over legislative acts of the Parliament, but only if it has been duly published in a decree.³⁸ On the contrary, customary international rules do not need to be published to apply in France. But at the same time, domestic courts cannot have them prevail over legislative acts of the Parliament.³⁹ With regard to resolutions of the UN Security Council, they do not need to be published to apply in France, and they normally prevail over legislative acts of the Parliament. But French courts consider as a matter of principle that they are never self-executing, which means that they can never be invoked, as such, by individuals before French courts, while on the other hand treaties creating individual rights can.⁴⁰

* The second example concerns the many ways monism and dualism can

be approached. As recalled in the introduction of the present course, formally speaking, monism and dualism describe the fact that in some countries (monism), international rules apply in the domestic legal order without the need of any domestic act of incorporation, while in others (dualism), such act is needed. In other words, formally speaking, in monist countries, domestic courts will apply international law as such, while in dualist countries, they will apply the domestic act incorporating the international rule concerned. On that formal approach, monist countries seem to be more open to international law than dualist countries, since in the latter countries, the reception of international law into the domestic sphere is dependent on the adoption of a specific domestic law (which may not be adopted). But in practice, dualist countries can be in fact more open to international law than monist countries, for two reasons. First, monist countries can apply so strict criteria to decide if a treaty is self-executing (i.e., a source of rights that individuals can invoke to their benefit before domestic courts) that eventually, the international rule could be sometimes more easily applied (through a domestic act) in dualist countries than in monist countries. Second, courts

of some dualist countries do not hesitate to directly use the international rules of treaty interpretation to interpret a domestic act incorporating the substance of a treaty (such practice echoes Lauterpacht's views back in 1929 that, even when domestic courts apply international law only through the formal vehicle of a domestic act, "one who looks at the substance of things rather than at their form must realize that when acting in that capacity municipal judges are the organs of the international legal community"⁴¹). By contrast, courts of some monist countries may be reluctant to apply such international rules of interpretation and prefer to resort to their own domestic rules of interpretation to interpret treaties, even though they are directly applicable as such (as treaties in force under international law) before them.⁴² In other words, the formal approach does not always coincide with the substantial approach.⁴³

In some cases, it is even difficult to detect or disentangle whether on the substance, domestic courts resort to international law or to domestic law to settle the case. In France, for instance, since a decision of the Conseil d'Etat (the highest administrative court) in 2007, individuals can seek reparation for any damage resulting

from the application by French authorities of an act of the Parliament adopted in contravention with international obligations binding on France.⁴⁴ But the Conseil d'Etat did not specify the nature of such regime of responsibility. It could be based either on the international rules of State responsibility (since the damage results from a breach of international law) or on the domestic rules governing domestic State responsibility. The choice between these two options carries legal consequences (for instance, the statute of limitations is not the same in French administrative law and in international law; similarly, the exculpatory causes in French law are not the same as the circumstances precluding wrongfulness in international law). So far, it is however impossible to discern exactly which specific regime of responsibility is applied by French courts when the breach of international law is the cause of action.⁴⁵

* The third example is related to the temporal element. Dualism and monism are not intemporal features. The relationship between international law and domestic law is constantly in motion and has thus to be continually re-assessed. For instance, in 1995, the Supreme Court of Australia decided that treaties not incorporated

“...in monist countries, domestic courts will apply international law as such, while in dualist countries, they will apply the domestic act incorporating the international rule concerned.”

into domestic law could be applied by domestic courts. But then, the Executive Branch, which disagreed with this judicial practice, decided to prohibit it. The Supreme Court thus eventually had to reverse its 1995 decision in 2003. Different practices were thus applied over time.⁴⁶ Another example of such evolution could be the long history of the application of European Union Law into the domestic legal orders of Member States of the EU, which evolved since 1951 towards more and more direct integration of EU law into domestic law, on the basis of a case-law which became over time extremely complex and so subtle that it is now quite hard to be grasped by non-specialists of the discipline.⁴⁷

* Finally, the greater plasticity of international law, which can no longer be reduced to the classical sources

of international law as set forth at Article 38 of the ICJ Statute, means that, even if they belong to a dualist country, domestic courts can yet directly rely on international law through innovative techniques. To take one example, in its Judgment of 9 July 1999 in *Mavis Baker*, the Supreme Court of Canada decided that “the values reflected in international human rights law” can be taken into account, not only through the formal vehicle of the traditional sources of international law, but also as an interpretive means that “may help inform the contextual approach to statutory interpretation and judicial review.”⁴⁸ Similarly, as we will see, the emergenceⁿ⁻ of international bodies vested with adjudicative powers but no power to decide (for instance, human rights treaty-bodies) obliges today domestic courts to define their position as to how they can rely on the pronouncements of such bodies even in the absence of any act incorporating them in the domestic legal order.

5. New theories are needed and emerged.

Faced with these evolutions, new theories are needed and have been in fact emerging in the last decades, in order to improve the understanding of the many ways international law

and domestic law interact (on these many ways, see below, Section II). The common feature of these new theories (or approaches) is that they no longer rely on the dichotomy monism versus dualism, and instead suggest adopting other perspectives on the topic, to better identify and assess the specificities and nuances of the existing practice.

For instance, the present writer suggested some years ago to substitute to the analysis based on the theory of legal orders (“ordres juridiques”), which is at the core of the monism/dualism divide,⁴⁹ an approach based on the concept of “applicable law” – i.e. an approach that requires to determine, for each court and tribunal, what is the specific applicable law before it, which, depending on each situation, could articulate in many different ways international and domestic rules. Some courts or tribunals, be it international or domestic, can be asked, depending on the scenario: to apply both international law and domestic law; to apply domestic or international law; or to apply international law only if domestic law is not compatible with it; etc. Such an applicable law approach allows for a more granular assessment of the rules to be applied by each court or tribunal.⁵⁰

The proposal was also made, and led to significant academic works, to have recourse to the tools of comparative law, by initiating researches on “comparative international law”, that is to say comparing how international law is considered and applied across different countries and how each domestic law deals with international relations of the State concerned.⁵¹

Another proposal consists in borrowing to private international law (i.e., conflict of laws and conflict of jurisdiction) reasonings that may help in better understanding the articulation between international law and domestic law (and authorities), in particular to avoid duplication between them. This is a very promising avenue explored in particular by Campbell McLachlan in a book published in 2014.⁵² The starting point is at the opposite of the dualist theory: any court (whether domestic or international) may entertain international law claims (this is true including for traditional interstate rules of international law, such as the prohibition of aggression, which can be prosecuted before domestic courts, if there is the will to do it). As a result, the key question is to determine which law and which court is better placed or equipped to address the claim (like in private

international law). Such determination varies depending on the issues at stake, the applicable rules, and more largely political decisions taken when the court or tribunal is established, and judicial strategies. A multiplicity of outcomes are then possible.

* The competent courts may be both international and domestic (as in, for instance, the law of human rights or international criminal law, or, more recently, what has been called “climate change litigation”⁵³).

* It could, instead, be both of them but only sequentially (through mechanisms like the rule on exhaustion of local remedies).

* It could be either of them (see for instance the “fork in the road” provision existing in many bilateral investment treaties, which requires the investor to make a choice between resorting to domestic courts or to international arbitration).

* Or it could be one of them to the exclusion (in principal at least) of the other (see in the European Union, the mechanism under which domestic courts have to submit to the European Court of Justice any question related to the interpretation or validity

of EU law, which is an exclusive competence of the ECJ⁵⁴; See also, before the International Criminal Court, the principle of complementarity according to which the ICC has jurisdiction only to the extent that the case cannot be prosecuted by domestic courts; a different solution was adopted for the ICTY, which had jurisdiction over all cases under the principle of primacy, but could decide to refer a specific case to domestic courts; one could also refer to the theory of the “margin of appreciation” used by the European Court of Human Rights, which constitutes a way to share the tasks between domestic authorities and the European Court⁵⁵).

* In other cases, the choice can be made to have an international court deciding the case, but on the basis of a specific applicable law which is either domestic law or a law closer to domestic law than to international law.⁵⁶

* Conversely, what could constitute a public international claim could be dealt with by a domestic court through a mix of private international law and public international law.⁵⁷

* The solution can also depend, in some instances, on the nature of the

claim. In foreign investment law for instance, the distinction between contract claims and treaty claims (which may, in fact, be the same in substance, when compensation is sought) is key to deciding whether or not the case can be submitted to arbitration under a binding investment treaty.⁵⁸

What is important to understand here is that there is no pre-fixed solution, coming from some kind of natural or sacred commandment (as monist and dualist wrongly seems to think). The decision to allocate the settlement of a category of cases to domestic courts and/or to international courts depends on factors that are specific to each domain or issue and can greatly vary from one situation to another, as illustrated by the following examples.

* When created, the ICTY was not vested with the power to grant compensation. According to its Statute, it was only able to grant restitution. The proposal was eventually made to grant it such power. When the proposal was made, the Tribunal officially wrote to the UN Security Council to indicate that it disagreed with the proposal. The reasons put forward by the Tribunal were eminently practical:

“In particular, for the reason that it would result in a significant

increase in the workload of the Chambers and would further increase the length and complexity of trials. The judges doubt, moreover, whether it would be possible for the Tribunal to secure adequate resources to fund such awards as it might make. Furthermore, they consider that it would be inequitable that the victims of crimes which were committed by persons who are not prosecuted and convicted by the Tribunal would not benefit from any orders of compensation that the Tribunal might make.”⁵⁹

Instead, the Tribunal suggested two alternative solutions: “The question of compensation of the victims of those crimes should be brought to the attention of the Security Council in order that the Council, or some other organ to which it might refer the matter, might consider possible mechanisms for the payment of compensation, such as the creation of an international compensation commission”; or “A final possibility is for domestic jurisdictions to award compensation to victims.”⁶⁰

* Some international courts express concerns with the fact of being overwhelmed with too many cases,

and accordingly, reacted by expressing the view that their role should remain limited (by contrast with domestic courts). In *Ten Kate* for instance, the European Court of Justice prohibited Member States from binding themselves to submit cases to it upon the mere request of their nationals. According to the Court, Member States would “breach the obligation of sincere cooperation laid down in Article 10 EC if it did not retain a degree of discretion as to the appropriateness of bringing an action [before the European Court], thereby giving rise to a risk that the Community Courts might be inundated with actions, some of which would be patently unfounded, thus jeopardising the proper functioning of the Court of Justice.”⁶¹ The limited capacity of international courts was also pointed out by the European Court of Human Rights in 2019 in *Georgia v. Russia (I)*. The Court observed that its function is not “akin to a domestic tort mechanism court in apportioning fault and compensatory damages between civil parties” and that “it has emphasised on several occasions, and particularly in cases concerning systematic violations of the Convention, that it is not a court of first instance; it does not have the capacity, nor is it appropriate to its function as an

international court, to adjudicate on large numbers of cases which require the finding of specific facts or the calculation of monetary compensation – both of which should, as a matter of principle and effective practice, be the domain of domestic jurisdictions.”⁶²

* In the Resolution adopted in 2021 on Human Rights and Private International Law, the Institute of International Law considered that universal jurisdiction could be resorted to protect human rights – i.e., it accepted that foreign domestic courts could be the appropriate forum to entertain human rights claims (together with competent international courts and tribunals). But it did it on a qualified basis. According to Article 4 of the Resolution,⁶³ “If the rules of jurisdiction may lead to a denial of justice in a given case, the right of access

to a court may exceptionally require that a court exercise jurisdiction if there is no closer link with a foreign State where access to justice would be available.” This is a good example of a qualified allocation of an international function to domestic courts, which is based on practical concerns.⁶⁴

The same could be said regarding the resolution proposed at the Institute in 2017 on (civil) Universal jurisdiction with regard to reparation for international crimes. The proposed Article 2 articulated a number of practical factors to be assessed before a domestic court accepts its jurisdiction to entertain such (international) claims.⁶⁵

6. The many functions of international law before domestic courts.

In light of the above, it is not surprising that monism and dualism are less relevant than they used to be. They are no longer the alpha and omega of any study of the relationship between international law and domestic law. The truth is that they fail to reflect the many functions that international law play today before domestic courts. This is so because monism and dualism focus on the normative aspect of the practice – i.e., under which conditions an international norm can be introduced and applied in the domestic sphere and can incorporate

“Some international courts express concerns with the fact of being overwhelmed with too many cases, and accordingly, reacted by expressing the view that their role should remain limited (by contrast with domestic courts).”

the domestic hierarchy (or pyramid) of norms, while contemporary challenges are much more diverse, as will be shown in the next section of the present course. Resort to international law before domestic courts fulfils today more functions than before.

* Obviously, resort to international law before domestic courts is, first and foremost, a resource which is mobilized to win a case. This goal is an incentive to use as many international rules as possible as a legal ground of the relief sought. In a world where the density of international law dramatically increased and where international law confers rights to individuals, domestic courts are more often than before requested to apply international law. In turn, it obliges domestic courts to envisage the myriad of possibilities in giving effect to international law, which in turn increases the recourse to international law by domestic practitioners, and so on. This evolution has effects not only for practitioners, but also for law schools and universities. If, as some said, “the future of international law is domestic”,⁶⁶ it means that the future of international law teachings is certainly to prepare not only international lawyers, but also domestic law practitioners.

“the future of international law is domestic”,⁶⁶ it means that the future of international law teachings is certainly to prepare not only international lawyers, but also domestic law practitioners”

* This is all the more true that international law is now part of multilayer litigation strategies. To succeed in a claim, or to simply obtain some leverage in a political process, practitioners do not hesitate in contemporary practice to combine the recourse to different courts and tribunals for the same claim, including domestic and international courts. Climate change, for instance, has been brought in the last decade both before different domestic courts and before different international courts and treaty bodies. It implies that each court or tribunal concerned must, not only settle the case submitted to it, but also think about how to do it in a context where others will also have to take a position on the claim. It could lead some domestic courts to reconsider their own case-law, when it is too flexibly open to international litigation, so as

to avoid being overwhelmed with too many claims with no specific linkage with their territory.⁶⁷

* In addition, resort to domestic courts is not necessarily designed as such to win a specific case on the merits but could be aimed at putting some pressure in order to influence the development of international law on a specific issue. The International Law Commission has insisted these last years on the role that domestic courts can play in the formation and interpretation of international law.⁶⁸ This, again, could constitute a strong incentive to use domestic courts as a forum to litigate international law.

II. The Variety of Uses Of International Law Before Domestic Courts

Considering the increasing complexity and sophistication of the use of international law before domestic courts, what is most needed is a mapping or a GPS to help navigating in the existing practice. Of course, it is impossible to provide a comprehensive picture of such practice. It would require assessing hundreds of domestic law systems (193 States are members of the United Nations, and some

of them, being federations, consist of different legal systems) and, for each of them, to assess in detail the extensive practice of their own courts.

The objective of the present section is incomparably more modest. It will only suggest some general mapping, as a possible starting point for those willing to study the field with closer attention. It will be based on a selective sample of examples, from different countries, without any guarantee that the practice quoted is universally representative of domestic courts practices, and (as the reader will understand) with a specific focus on the domestic practice, which is the most familiar to me, i.e., French domestic courts practice.

International law can be relied upon – or triggered – before domestic courts under three main forms (as any classification, the one proposed here is certainly too abstract and rigid, but, again, the purpose is to shed some clarity on the practice: nothing more, nothing less): as a basis of rights or obligations (1), as a basis to proceed to legal determinations (2) or as a source of responsibility (3).

1. International law as a basis of rights or obligations

This is the most classical role of international law before domestic courts. Once it is considered as applicable in the domestic legal order, international law becomes part of the applicable law before domestic courts. This is not however the end of the story. To the contrary, whether or not international law can be relied on as a part of applicable law before domestic courts and as a source of rights or obligations, or as means to identify or interpret them, raises many legal issues.

a) First issue: How international law becomes part of domestic law? As already mentioned in Section I, it depends on each domestic legal system to decide under which conditions an international rule can be applied in the domestic legal order – an issue that handbooks of international law generally address at length under the monism/dualism divide, and which does not deserve thus additional explanations here.

b) Second issue: What is the authority of international law in domestic law? It is of course a very important issue to determine what is exactly the rank of international law within the

hierarchy of norms in domestic law. Two questions are generally debated before domestic courts: Are treaties superior to the acts adopted by the Parliament? Are treaties above or below the Constitution?

* On the first point, it took for instance many years for French courts to accept, as foreseen at Article 55 of the Constitution, that treaties override “lois” adopted by the Parliament, when they are not compatible with each other.⁶⁹ On the other hand, as already noted, they do not accept it for customary international law.⁷⁰ Some other countries take a different approach, considering that acts of the legislative branch adopted after the adoption of a treaty prevail over the treaty in the domestic sphere.⁷¹

* On the second element, domestic courts practice remains quite diverse. Some consider that treaties can prevail over the Constitution, or, at least, that the Constitution has to be interpreted in conformity with some international rules.⁷² Conversely, some domestic courts ruled that the Constitution prevails over international law at least when domestic fundamental rights are at stake.⁷³ In addition, the great majority of States seems to consider, at least as a matter of principle,

that the Constitution prevails over treaties.⁷⁴ This being said, even if that is the principle, it will not be applied in practice if there is no judicial procedure to enforce it. In France for instance, although the highest courts repeatedly stated that the Constitution is superior to treaties,⁷⁵ once the treaty is in force, French courts are not allowed to disregard the treaty, and therefore, practically speaking, it prevails over the Constitution.

c) Third issue: Who can invoke international law before domestic courts? The question refers to the classical issue of whether or not the international rule is self-executing (in France: “d’effet direct”). Here again, it is up to each domestic system to decide on the criteria to be followed to make this assessment. And here again, the criteria may vary from one State to another, or over time.⁷⁶

d) Fourth issue: Are domestic courts required to apply the doctrine of “consistent interpretation”? As it is well known, this doctrine was set forth by the US Supreme Court in 1803 in *Charming Betsy* and, in relation to international law and the need to interpret it consistently with domestic law and reciprocally, in 1888 in *Whitney v. Robertson*. It was followed later by other countries,⁷⁷ but it remains to

be seen whether it has become over time a general practice before domestic courts across the globe.

e) Fifth issue: Is it the role of domestic courts to identify the content of international rules? Or should they defer to the political branches? The question needs to be asked for two reasons. First, the principle according to which “the Court knows the law” (*jura novit curia*) can hardly be seen as constituting a general principle of law. It applies in civil law systems, and also before international courts and tribunals,⁷⁸ but it is generally viewed as not being part, as such, of the common law tradition. Second, even if the principle were to apply to any domestic court, it is not so obvious that a domestic court is supposed to know international law. Admittedly, any lawyer is today supposed to have some basic background in general international law. On the other hand, since the establishment of customary international law or the interpretation of treaties requires to assess a wide range of foreign State practices, expressed in different languages and not necessarily easily accessible, domestic courts may either be reluctant to identify themselves the content of international law, or be considered as not being really legitimate or fully equipped to do it.

In France for instance, domestic courts were for many years reluctant to interpret treaties, and were of the view that it was not their proper task to do it.⁷⁹ Instead, their view was that they had to defer the interpretive issue to the Ministry of Foreign Affairs, which decision was binding on the courts and not subject to judicial review.⁸⁰ Under the pressure of the European Court of Human Rights which considered that such practice was contrary to the right to a fair trial (Article 6 of the European Convention on Human Rights), French courts progressively reversed their previous jurisprudence. Since the 90s, they consider that it is their duty, even *ex officio*, to interpret treaties, without being bound by the position taken by the Ministry of Foreign Affairs when consulted.⁸¹

Insofar as the identification of customary international law is concerned, the requirement to establish both a general State practice and *opinio juris* may be too hard a burden for domestic courts in terms of access to the relevant materials and its assessment. Interestingly, one of the reasons why the ILC decided to put at its agenda the topic on Identification of customary international law in 2012 was that “Securing a common understanding

of the process could be of considerable practical importance. This is so not least because questions of customary international law increasingly fall to be dealt with by those who may not be international law specialists, such as those working in the domestic courts of many countries (...).”⁸² According to the Commission, as expressed in the commentary on Conclusion 13(2) adopted in 2018, “Unlike most international courts, national courts may sometimes lack international law expertise.”⁸³

It seems that, generally speaking, domestic courts do not decline to identify customary international law when required to do it. However, this is certainly not an easy task. In some instances, domestic courts can easily rely on existing materials. For instance, it was not too difficult for the German Constitutional Court to decide in 2018 that since the 1996 advisory opinion of the ICJ on the legality of the threat or use of nuclear weapons, customary international law did not change: There was still no customary rule prohibiting in any circumstances the threat or use of such weapons. As the German Court observed, NATO members States strongly opposed the negotiations at the UN of a treaty on the prohibition of nuclear weapons,

which shows that there is still no *opinio juris* at the universal level in favour of such prohibition.⁸⁴ The Supreme Court of the United Kingdom faced a more difficult issue in 2015 when it had to determine whether, in 1948 (the critical date in that case, which was about murders occurring in a village of then colonized Malaysia), there already was a customary international rule requiring to investigate allegations of war crimes. The Court eventually concluded that such a customary rule of international law emerged at best some 20 years ago and was not thus in force in 1948.⁸⁵

f) Sixth issue: What is the status of soft international law before domestic courts? There is clearly a discernible trend, in the last thirty years and before some domestic courts at least, toward resorting to international soft law instruments in the context of domestic litigation. Such practice takes different forms. As a recent study showed, domestic courts use international soft law either to interpret an international treaty by using the relevant treaty body practice or to interpret and construe domestic legal acts, in particular constitutional rights, but they do it with a lot of flexibility (they do not hesitate to depart from the interpretations given by treaty bodies) and at different degrees (“à géométrie

variable”). Some domestic courts do it, some do not do it, and each domestic court ascribes different legal weight to soft law.⁸⁶ In France for instance, domestic courts have accepted to take into account a recommendation of the International Labor Organization for the purpose of interpreting a treaty,⁸⁷ or accept to “take into consideration” (“prendre en considération”) resolutions of the UN Security Council even if they are not self-executing in France.⁸⁸ Similarly, there is a consistent judicial domestic practice in many States according to which the handbook or guidelines adopted by the High Commissioner for Refugees (HCR) in relation to the 1951 Geneva Convention are given “considerable weight” or “persuasive authority”, or are considered as providing “significant guidance” to domestic courts.⁸⁹ In its draft conclusions on *jus cogens* adopted on second reading in 2022, the ILC also pointed out that “[i]n *RM v. Attorney-General*, (...) the High Court of Kenya relied on the Human Rights Committee general comment No. 18 on non-discrimination for its determination that non-discrimination is a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).”⁹⁰

More recently, specific attention has been given to the weight to be ascribed by domestic courts to

pronouncements of Human Rights Treaty bodies (which do not have the power to take binding decisions under international law), in particular when they adopt provisional measures. Domestic practice is quite contrasted here. The Electoral Superior Tribunal of Brazil considered in 2018 that even if it has the obligation to take into account the provisional measures adopted by the Human Rights Committee, they were not binding in the case at hand because they were not, according to the Tribunal, justified under the 1966 Covenant.⁹¹ Some months before, the Constitutional Courts of Italy and Germany ruled that pronouncements of such treaty bodies, whilst being authoritative or having significant weight, are not binding on the national courts.⁹² The French Cour de cassation took a similar approach in a decision of 28 June 2019. It reversed the judgment of the Court of Appeal which had considered that the provisional measures indicated by the UN Committee on the rights of disabled persons were binding on France. Even if France is bound by the Convention on the rights of persons with disabilities, it does not entail, in and by itself, that the pronouncements of the Committee are binding. No such power to decide has been granted indeed to the

Committee. The Supreme Court of Spain takes a different approach, by relying on the obligation to give due consideration to the views of such committees to conclude that their opinions are binding.⁹³

g) Seventh (and last) issue: What happens when there are different international rules applicable before the domestic courts? This raises two sub-questions.

* The first question concerns the possibility of combining them. This seems to be now part of the toolbox of domestic courts. In two decisions adopted in 2017 and 2018, the Supreme Court of Justice of Mexico combined for instance the Constitution, the San Salvador Protocol of 1998 on economic, social and cultural rights, and the 1972 Stockholm and 1992 Rio Declarations (as well as the practice of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights), to determine the existence of a right to an healthy environment.⁹⁴ In the same vein, an Italian Court combined the prohibition of torture and the non-refoulement principle to set aside a memorandum concluded in February 2017 by Italy and Libya in the field of migration.⁹⁵

* The second issue is more sensitive. When domestic courts have to apply two different treaties which are incompatible, what should they do? If the treaties are concluded between the same parties, it is possible for domestic courts to apply the solutions reflected at Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, i.e., to apply the more recent, or the more special, treaty.⁹⁶ More problematic is the situation where the two treaties are not concluded with the same parties. In such a scenario, international law provides no practical solution. According to Article 30(4)(b) of the Vienna Convention, “When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one: (...) (b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.” If State A concluded one treaty with State B and another treaty with States C and D, that means that between A and B, the first treaty applies, and between A, C and D, the second treaty applies. That solution works for States B, C and D. On the other hand, if the treaties conflict, that does not work for State A, which cannot respect at the same time two incompatible treaties. When the domestic court of State A

is confronted with such scenario, the situation is inextricable. The domestic court has no other option than to decide which treaty will prevail (with the inevitable result that the other treaty will be breached). But since no rule applies here to identify which treaty must prevail, it is obviously a political decision to select which treaty should apply. Since courts cannot take political decisions, they have to find a way to dissimulate the solution under the artificial guise of legal arguments.

In France, it took two forms. Before the Cour de cassation (judicial court), it was resorted to a private international law argument, giving pre-eminence to the rule the most protective of France’s “international public policy” (in concrete terms, the Cour de cassation accepted its jurisdiction to entertain a case because of a risk of denial of justice contrary to the European Convention on Human Rights and to international public policy, even if another treaty granted immunity of jurisdiction to the Defendant).⁹⁷ The Conseil d’Etat (administrative court) follows a different path. When the legality of an administrative act is challenged because it contradicts a treaty and when there is another treaty which legitimates such act, it applies the treaty for the application

(or under the umbrella) of which the administrative act was initially adopted and will not take into consideration the other treaty.⁹⁸

None of these two solutions is really satisfactory. But it is impossible to ask domestic courts to adequately solve a problem of international law when international law itself does not provide any solution. Other domestic courts may favour a more pragmatic approach, consisting in trying to reduce the incompatibility between the two treaties by proposing a concrete solution to the dispute which is as compatible as possible with their respective provisions.⁹⁹

2. International law as a basis to proceed to legal determinations (“qualifications juridiques” in French)

International law can also be used by domestic courts in the course of the legal reasoning to determine some legal situations or legal facts, in an incidental manner, for the purpose of deciding on the claims of the parties.¹⁰⁰

a) *Determination of the existence of a source of international law:* In some domestic cases, the question may arise whether or not a given international instrument is a (binding) treaty. In 2006, the French Conseil d’Etat

“...the treaties are concluded between the same parties, it is possible for domestic courts to apply the solutions reflected at Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, i.e., to apply the more recent, or the more special, treaty.”

considered for instance that the Philadelphia Declaration of 10 May 1944 concerning the objectives of the ILO could not be relied upon for the purpose of this case because it does not constitute a treaty.¹⁰¹ Similarly, in 2018, the Constitutional Court of Germany considered that the UN Global Compact on Migration is not a treaty and does not have thus any legal effect in Germany.¹⁰² In the same vein, the Constitutional Court of Korea ruled in 2019 that the agreement concluded on 28 December 2015 by Japan and Korea to settle the “comfort women” dispute was not a treaty, but a non-binding agreement.¹⁰³ More recently, the French Conseil d’Etat considered that the provisional measures indicated by the European Court of Human Rights under the European

Convention on Human Rights, which does not specify their legal value, are, as a matter of international law, binding upon States on the basis of Article 34 of the Convention.¹⁰⁴

b) *Identification of subjects of international law*: It may also happen that a domestic court has to clarify, or take a position on the legal nature of an entity which status as a sovereign State on a territory or as the legitimate representative of a Government is disputed. This happens in fact quite frequently, in particular when domestic courts have to decide in international private disputes which domestic law is the applicable law and whether the disputed entity can be viewed as a sovereign State for the purpose of the application of private international law.¹⁰⁵ For instance, in case of a private tort occurring today in Crimea between two individuals of a different nationality, a foreign domestic court could have to decide whether it is the law of Ukraine or the law of Russia that is the applicable law. The same issue could arise in relation to Kosovo (does the foreign domestic court have to apply the law of Serbia or the law of Kosovo?). There are many examples of the same sort in the existing practice, which shows that domestic courts are not necessarily at ease with

such issues, and may be tempted to find, to the extent possible, legal ways to avoid any ruling on them.¹⁰⁶ Eventually, they however have in some instances no choice than to address the problem in their decisions.¹⁰⁷ A recent example, which concerns recognition of Government, is the decision of the English Courts which had to assess whether Mr. Maduro or Mr. Guaido was to be considered as the President of Venezuela, for the purpose of deciding who was able to dispose of assets of the Venezuelan Central Bank located in the United Kingdom.¹⁰⁸

c) *Identification of legal international situations*: A domestic court can be required, in the context of a criminal case, to establish the nature of an armed conflict as either an international, or a non-international, one. In its judgment of 17 November 2022 (Case No. 09-748006/19), the Hague District Court came for instance to the conclusion that the armed conflict in Eastern Ukraine between separatists and the Government of Ukraine was an international conflict because of the participation of Russia in the conflict.¹⁰⁹

d) *Definition of criminal offenses*: With the development of international criminal law, including the

existence of international customary crimes, the question has been raised before some domestic courts whether, in the absence of any relevant criminal offense in domestic criminal laws, it was possible to rely on the existence of crimes defined at the international level to activate domestic prosecutions. That proved to be a complex issue. On the one hand, the need to fight against impunity in particular in case of mass atrocities legitimates the recourse to international law as a basis for domestic prosecution. On the other hand, the principle *nullum crimen, nulla poena sine lege* requires that the crime prosecuted was criminalized in the relevant legal order when the conduct took place, and this principle is to be strictly construed.¹¹⁰ Domestic practices here again evolved over time and are not necessarily pointing toward the same direction.

To give a few examples, French courts first considered that prosecutions of international crimes were possible in France even in the absence of a domestic definition of the crime, provided that the crime was criminalized at the international level, as reflected in instruments like the Statute of the Nuremberg Tribunal and the 1946 recommendations of the UN General

Assembly.¹¹¹ Later on, however, they decided that the existence of a customary international crime was not sufficient and decided that there is the need of having a specific criminalisation of the conduct in a domestic act.¹¹² The same solution seems to prevail before English courts.¹¹³ In addition, the case-law seemed to have evolved toward even more formalism. In 2015, the French courts decided that it was not sufficient for a crime to be mentioned in an international treaty ratified by France and as such part of French law. There was also a need, for allowing prosecutions at the national level, to have a legal text defining in a precise and accessible way the constitutive elements of the crime as well as the possible penalties.¹¹⁴ In the same vein, a resolution of the Supreme Court of Russia of 2013 prevents domestic courts from applying criminal international treaties,¹¹⁵ and in Poland, a decision of 19 April 2004 decided that an international criminal treaty containing a specific definition of a crime is not self-executing if it does not define the possible penalties.¹¹⁶

e) *Identification of (domestic) international public policy*: As private international lawyers know very well, what is called “international public

policy” (in French: “ordre public international”) is the set of (domestic) fundamental principles and values that are so important for the State concerned that they may be invoked by domestic courts to block the application, in the State, of foreign laws or decisions. In a diverse and multicultural world, such public policy used to be fed by national values. Today, however, it may be fuelled or inspired also by international rules. Domestic courts can rely on international law to define the “international public policy” of their own State in the context of private international law disputes. To give one example, French courts decided respectively in 2016 and 2017 that the 1962 resolution of the UN General Assembly on the permanent sovereignty over natural resources expressed an international consensus on the right of States to control foreign investments in that field and thus forms part of French’s international public policy, and that the fight against money laundering was also part of the same policy on the ground that it is based on an international consensus expressed in particular in the UN Convention against corruption of 2003.¹¹⁷ All these examples confirm the many ways through which international law can be used today before domestic courts.

3. International responsibility before domestic courts

Lastly, international law can be invoked before domestic courts as a source of responsibility, which enforcement is sought at the domestic level. Three different scenarios are possible.

a) *The responsibility of the State before its own domestic courts:* That is statistically today the most important part of the practice – even if, at first sight, it does not concern as such State responsibility under international law, as codified by the ILC in its 2001 Articles. Since many international rules are nowadays applicable before domestic courts, as an integral part of domestic law, it entails that the domestic regime of State responsibility (for breach of domestic law) may (and in many countries does) encompass State responsibility for breach of international obligations. This was already referred to above, in Section I, about the “Gardedieu” jurisprudence of the French Conseil d’Etat.¹¹⁸ It means that, even if they do not expressly refer to State responsibility under international law, domestic courts act today in many cases (in particular in the field of human rights, judicial review of expulsion or extradition of

individuals, or the protection of the environment) as enforcers of such responsibility. Actually, that is the ratio legis of the rule on exhaustion of local remedies. It is precisely because State responsibility can be addressed first at the domestic level that such rule (when applicable) qualifies the making of a responsibility claim at the international level. Contrary to the postulate of dualism, there is an obvious continuity with regard to State responsibility between domestic law and international law.

b) *The responsibility of the State before foreign domestic courts:* This second scenario is much more limited in practice, for an obvious reason which will be developed in the next section. According to a well-established rule of international law, States benefit from immunities of jurisdiction before foreign courts. Such immunity is deemed to be absolute insofar as sovereign acts (*jure imperii*) are concerned, even in case of allegation of international crimes.¹¹⁹ It means that, subject to the waiver of its immunity by the State concerned, it is not possible to have a domestic court adjudicating a responsibility claim for breach of international law directed at a sovereign State.

“Domestic courts can rely on international law to define the “international public policy” of their own State in the context of private international law disputes.”

This being said, nothing prevents domestic courts from assessing, in an incidental manner, the conformity with international law of the conduct of a foreign State. Practice shows that here, immunity is not invocable (and, as a matter of fact, is not invoked). In addition, it occurs frequently – one may say, even on a daily basis. In particular, the practice of domestic courts in the field of refugee law or extradition or expulsion shows that, for the purposes of the application of the relevant rules, domestic courts are allowed to, and in fact, control whether the conduct of the foreign State (which is not a party to the dispute) conforms with international rules or standards. Domestic courts regularly assess if a person has a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion in her or his country,¹²⁰ if the

person whose extradition is requested by a foreign country has been or would be subjected in the requesting State to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, or has not received or would not receive the minimum guarantees in criminal proceedings, as contained in the International Covenant on Civil and Political Rights,¹²¹ if the foreign State complies with the prohibition of torture or the obligation not to discriminate, or if its judiciary system is independent, etc. Such practice constitutes some indirect, or soft, form of State responsibility.¹²²

c) Finally, the question arises in contemporary practice *whether foreign non-state entities (in particular business companies)* can be sued for breach of international law before domestic courts. International law does not really impose obligations directly on companies. As a result, some domestic courts consider that companies cannot be sued for breach of international law, even in case of serious violations of fundamental norms.¹²³ By contrast, some other courts do not exclude that customary international law could provide a basis for suing before domestic courts companies accused of breaches of human rights abroad.¹²⁴ In a similar vein, the

Supreme Court of Korea ruled in 2018 against Nippon Steel Corporation in relation to acts of forced labour committed during WWII.¹²⁵

For such a judicial action to take place, it is necessary however that the international rule invoked creates individual rights and is self-executing. If that is not the case, then no responsibility can be claimed. In France, French courts consider for instance that the Fourth Geneva Convention of 1949 on International Humanitarian Law does not create any self-executing individual right, and cannot thus be invoked by a victim against either a State or a non-state entity.¹²⁶

On a similar (yet somehow different) ground, the Osaka High Court in Japan decided in 2020 that the agreement between China and Japan concluded in 1972 which excluded compensation for damages suffered by victims during WWII could not be challenged before Japanese courts because, in particular, “the Fourth Geneva Convention cannot be considered as granting individuals any right to claim compensation. It is not established that extinguishing the capacity to litigate runs counter to the fundamental requirements of international humanitarian law”.¹²⁷

III. The Limits to the Use of International Law Before Domestic Courts

Even if, as we have seen above, the uses of international law before domestic courts increased and diversified over the last decades, it remains that domestic courts are not the equivalent of international courts or tribunals. As organs of their own State with no authority beyond their territory, they have no power to settle with binding force under public international law interstate disputes or cases that possess a public international law dimension. That does not mean that they cannot rule on some aspects of such disputes.¹²⁸ It means that their action in the field of public international law faces a number of limits, that will be explored in this last section. Since such limits are in many respects dependent on the specificities of each domestic legal system, here again, the present section will focus on general views only, based on some illustrative examples.

These limits play at three different levels. Some concern the scope of domestic courts' jurisdiction (1) while others consist in limits to the exercise of their jurisdiction that derive from domestic law (2) or from international law (i.e., the international law of immunities) (3).

“In France, French courts consider for instance that the Fourth Geneva Convention of 1949 on International Humanitarian Law does not create any self-executing individual right, and cannot thus be invoked by a victim against either a State or a non-state entity.”

1. The scope of domestic courts' jurisdiction

As a starting point, there is no doubt that domestic courts have full jurisdiction to entertain domestic disputes. To the extent however that international law increasingly irrigates domestic law and can be invoked before domestic courts, there is a need to delimit the scope of the “international jurisdiction” of domestic courts. This is a very complex issue, for a number of reasons.

First, international law is still uncertain on the exact extent of States' power to adjudicate extraterritorially. In *Lotus* in 1927, the PCIJ stated that international law does not lay down “a general prohibition to the

“...the uses of international law before domestic courts increased and diversified over the last decades, it remains that domestic courts are not the equivalent of international courts or tribunals.”

effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory”, but “leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules.”¹²⁹ Since then, there have been lively debates on the exact meaning of this statement, on possible limits to such power, or on whether it can extend to any (the Court did not specify “any” in the statement quoted above, which give rise to different interpretations) person, property, act or situation.

Second, the question is at the crossroads between public and private international law, and the approaches of public and private international lawyers are not necessarily the same on the topic.

Third, there is a need to articulate the powers of different States (for example, the State of nationality of the individual concerned and the State which pretends to adjudicate extra-territorially – for instance to prosecute crimes of corruption committed abroad). Such articulation can be viewed as not coming under the functions of domestic courts.

Fourth, the issue arises at different levels, and the solutions are not necessarily the same at each one.

a) Insofar as *individual and private entities* are concerned; the matter is primarily governed by private international law. In principle, it is up to each State to regulate the field and to define its own (domestic) rules on conflict of laws and conflict of jurisdiction. It can be done unilaterally (through a domestic act, or domestic case-law), or at the international level by adopting treaties or vesting an international organization with the power to regulate (in relation to its Member States) that matter (as it is partly the case within the European Union). One may ask however if public international law sets some limits to this power. As domestic practice shows, States generally feel the need to exercise restraint in the definition of their

power to regulate international private relations, by requiring reasonable connecting links between them and the international private relation they seek to regulate.¹³⁰ This is confirmed by the fact that when a State is perceived as going too far in exercising its powers over an international case or situation involving private entities or individuals (as in the case of competition law or international criminal law), other States may protest against what is perceived as an unlawful encroachment over their own sovereign power to deal with the case.¹³¹ To avoid such difficulties, a number of international instruments have been adopted by States, which provide for some orderly articulation of the powers of the States concerned.¹³² This being said, in the absence of specific rules of customary international law regulating domestic courts' power to adjudicate, it is in many cases for domestic courts themselves to assess the limits of their own powers.¹³³

b) Regarding international law cases involving the *forum State* (i.e., the State which the domestic court is an organ of), there should be in principle no limit to domestic courts' jurisdiction, since there is obviously a connecting link between the State and the court. However, there are some issues

arising even in this scenario, in particular in cases where the dispute concerns an act that has been committed by State authorities abroad.

In such a case, domestic courts need first to determine if they have jurisdiction to entertain the claim. The existence of an international element in the dispute (the fact that the act was committed abroad) can be considered by domestic courts, at least in some cases, as an impediment to their jurisdiction. For instance, the German Federal Court decided in 2016 that the German courts have no jurisdiction to rule on damages suffered by individuals as a result of military actions of German forces abroad. The Federal Court considered that the case was to be raised at the international, not domestic, level, through diplomatic protection.¹³⁴

If, on the other hand, the domestic court considers that it has jurisdiction, then one may ask whether domestic law is the applicable law or if there is a need to resort to what could be called rules on "conflict of public laws." As we have already seen, a Dutch Court decided for instance to apply the law of Bosnia-Herzegovina as the applicable law to ascertain Dutch authorities' liability for acts

committed (in an official capacity) in Bosnia.¹³⁵ A similar scenario arose before the Supreme Court of Canada in 2007 in *R. v Hape*. The Court had to decide if the Canadian Charter of Rights and Freedoms apply to searches and seizures executed by Canadian authorities in other countries.¹³⁶

c) The situation is to some extent more complicated for domestic courts in terms of jurisdiction when the Defendant State is a *foreign State*. As we will see, in such a case the exercise of jurisdiction is blocked in many instances by immunities.¹³⁷ But on the first place, the question is whether there is jurisdiction at all (an important issue in the cases where immunity does not apply, either because there are exceptions to it, or because the Defendant State waived it).

In countries (like France) where there is a distinction between administrative and judicial courts, it makes sense to consider that the administrative courts do not have jurisdiction to entertain claims against a foreign State (to challenge the legality of its acts or seek compensation for its wrongful conduct), because administrative courts are only competent in relation to the administration of their own country.¹³⁸ On the other hand, there

is no obstacle to sue a foreign State before judicial courts, for instance under tort law, to claim damages for a wrong the foreign State committed, whether in breach of an international contract or human rights, provided that the forum State's own rules on jurisdiction (in practice, mainly private international rules, that are applied here *mutatis mutandis*) allow for such jurisdiction, for instance if the victims of the wrong are the forum State's nationals, or if the domestic system provides for civil universal jurisdiction for some international crimes. Criminal prosecutions can also be contemplated against officials of a foreign country, again if criminal jurisdiction in the case concerned is established according to the domestic rules on jurisdiction (or any applicable international treaty or instrument). For instance, the Hague District Court (Netherlands) decided on 17 November 2022 that it has jurisdiction to rule on the "MH17 case" (the civil aircraft that was destroyed by a missile in Eastern Ukraine with alleged Russian involvement in the destruction) on the basis of passive criminal jurisdiction, on the ground that, even if the destruction took place in Ukraine and the aircraft was not registered in the Netherlands, most of the victims were Dutch nationals.¹³⁹

2. Domestic law limits to the exercise of jurisdiction

Even if a domestic court has jurisdiction to hear a case, there may exist some limits under domestic law to its power to adjudicate the case concerned. There is a need to remember here that international law is above all the prerogative of the Executive Branch and that therefore, domestic courts are not necessarily the “natural” entity to deal with international law issues, even if they are connected to domestic cases. In addition, in international law, the principle is the absence of jurisdictional control of State activities. As the ICJ emphasized on different occasions, there is a need for States to consent to its jurisdiction and, in the absence of such consent, the Court does not have jurisdiction, even in cases of alleged grave breaches of international law.¹⁴⁰ Besides, a number of international law cases are politically, diplomatically, economically, or militarily sensitive. Taken together, these factors explain why domestic courts are cautious not to interfere with every international law issue and show restraint in some situations.

To be consistent with the rule of law, such restraint needs to be legally articulated and predictable. It mainly takes the form of domestic “doctrines”,

which vary from one State to another, while being inspired by the same objective.

a) The *separation of powers* can be invoked as a ground to refuse the exercise of jurisdiction. For instance, in *Hernandez et al. v. Mesa*, the US Supreme Court was facing a case where a State official of the US was accused of a “cross-border shooting”. While standing in the US soil, he shot and killed a Mexican national who was on Mexican soil, after having just run back across the border following entry into US territory (the petitioners claimed that the victim, aged 15-year-old, was playing a game with his friends that involved running back and forth across the border). The Supreme Court considered that the context of this case involves a risk of “disruptive intrusion by the Judiciary into the functioning of other branches” because “a cross-border shooting affects the interests of two countries and, as happened here, may lead to disagreement” between them, and it is not for this Court “to arbitrate between the United States and Mexico, which both have legitimate and important interests at stake and have sought to reconcile those through diplomacy.” The Court thus eventually decided not to rule on the merits of this case.¹⁴¹

b) A similar reasoning applies in France under the “*acte de gouvernement*” doctrine. Under this doctrine, a French administrative act or conduct cannot be adjudicated before French courts if such act or conduct is “not separable from the conduct of the international relations of France” (“*pas détachable de la conduite des relations internationales de la France*”). For instance, French courts declined to exercise their jurisdiction over France’s alleged involvement in the US/UK military action against Iraq in 2003, or France’s armed action in Serbia in 1999.¹⁴² Similarly, it was decided that the allegation that the authorizations given by France to export weapons to Saudi Arabia were in violation of the 2013 UN Arms Trade Treaty was not separable from the conduct of the international relations of France.¹⁴³ Domestic courts of some other countries followed, to some extent, a more progressive approach.¹⁴⁴

Of course, such doctrine can conflict in some instances with the victims’ right to a fair trial. The issue was raised recently in France in relation to the refusal to proceed to the return (“repatriation”) in France of children of French nationality who were in camps in the North-East of Syria (their parents having moved to the region some years ago to participate

in terrorist or armed activities). The French courts decided that the case could not be adjudicated before them, because the repatriation would presuppose negotiations with the foreign State concerned or an intervention on a foreign territory, which are non-separable from the conduct of France international relations and are thus *actes de gouvernement* that cannot be challenged before French courts.¹⁴⁵

The issue went before the European Court of Human Rights. In *H.F. and others v. France*, the Court did not totally condemn the application of the *acte de gouvernement* doctrine. In a quite nuanced and cautious reasoning, the Court considered that “it must be possible for the rejection of a request for repatriation, in the context at issue, to give rise to an appropriate individual examination, by an independent body, separate from the executive authorities of the State, but not necessarily by a judicial authority”, and went on specifying the conditions to be fulfilled in order to achieve such an “individual examination” by an “independent body”: “In sum, there must be a mechanism for the review of decisions not to grant requests for a return to national territory through which it can be ascertained that there is no arbitrariness in any of the grounds that may legitimately be relied upon by the executive

authorities, whether derived from compelling public interest considerations or from any legal, diplomatic or material difficulties.”¹⁴⁶ The Court concluded that such conditions were not complied with by France in this case. But the Court did not require that domestic courts exercise their jurisdiction. It considered, as quoted above, that it was enough for France to “re-examine the requests to enter French territory, while ensuring that appropriate safeguards are afforded against any arbitrariness”.¹⁴⁷

c) The “*Act of State*” doctrine can also be mobilised before domestic courts to prevent them from ruling on the conformity with the applicable domestic law of a domestic act (for instance, a decision to nationalize a private company) adopted by a foreign country on its own territory. In such cases, the domestic courts will apply (subject to its conformity with the “international public policy” of the forum State) the foreign act, without assessing its legality under the domestic law of the foreign country. This doctrine has been developed mainly by Anglo-Saxons domestic courts and has been widely commented by scholars.¹⁴⁸ Similar doctrines are applied elsewhere, under different forms.¹⁴⁹

However, some uncertainties remain, which call for more detailed studies, in particular the question of whether or not domestic courts can ascertain the legality of foreign State laws and administrative decisions on the ground that they conflict with international law binding on that foreign State.¹⁵⁰ Be it as it may, as we have seen, there already exist a number of situations where today, domestic courts in fact exercise an indirect control of the legality of foreign States’ acts.¹⁵¹

3. International law limits to the exercise of jurisdiction (immunities)

Lastly, international law can prevent domestic courts from entertaining some cases against foreign States or their officials when the said States or officials benefit (under international law) from immunities. It is, for obvious reasons, not the proper place here to deal in detail with the law of immunities, given the wide range and diversity of existing immunities, possible beneficiaries and applicable regimes (immunities from jurisdiction are to be distinguished from immunities from enforcement; immunities of the State itself do not follow exactly the same regime as immunities of diplomats, other State officials, or international organizations; immunities from

civil jurisdiction are not the same as immunities from criminal jurisdiction; and there exist a great number of special international regimes, as set forth by treaties – for instance the Convention on UN immunities and privileges). I will accordingly limit to some general observations:

a) First, depending on the monist or dualist system of each State, the international law of immunities will apply either as such (as treaty or customary international law, depending on the cases) or through a domestic act on immunities (like in the UK) which, hopefully, follows what international law prescribes. In each scenario, there is no guarantee that international law will be complied with. In *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy)*, the ICJ decided for instance in 2012 that “the action of the Italian courts in denying Germany the immunity to which the Court has held it was entitled under customary international law constitutes a breach of the obligations owed by the Italian State to Germany”.¹⁵² It also resulted from its reasoning in that case that the United States Foreign Sovereign Immunities Act 1976 contains a provision, “which has no counterpart in the legislation of other States”, which at first sight seems not

to be in conformity with what the Court decided in that case.¹⁵³

b) Second, international law on immunities is in constant evolution. Moreover, this evolution does not necessarily follow the same trend, depending on the categories of immunity at stake, or the assessment of the law applicable to them.

With regard to State immunities from civil jurisdiction, the evolution was from a regime of absolute immunity to a regime of relative immunity, i.e., a principle of immunity which is subject now to exceptions. These exceptions mainly concern acts and activities of the State acting like a private entity (commercial transactions, etc.), as codified in the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. On the other hand, there are, so far, no exceptions to such State immunity when international crimes have allegedly been committed.¹⁵⁴

With respect to immunities from criminal jurisdiction, the views are divided. Some scholars argue (quite convincingly) that there was never any immunity of State officials from criminal jurisdiction, as illustrated by the domestic prosecutions after WWI

and WWII against war criminals or the *Eichemann* trial in Jerusalem in 1961, where no immunity was ever raised. Therefore, the principle is the absence of any immunity in case of international crimes.¹⁵⁵ Others argue (and this is the path currently followed by the ILC in its work on the topic) that the principle is immunity and that exceptions to such immunity need to be proven (See *infra*, e)).

c) Domestic courts can participate in the evolution of international law by developing practices that could eventually, if supported widely by the practice of other States, modify customary international law (if not, their practice will amount to a breach of the existing customary rules – See above the example of the practice of the Italian courts). In 2021, the Supreme Court of Brazil considered for instance that Germany (again) did not enjoy State immunity in Brazil with regard to alleged war crimes on the basis of the primacy of human rights that, according to Article 4 of its Constitution, Brazil is required to respect in its international relations.¹⁵⁶

d) The law on immunities is evolving also because of the emergence of new technologies, or because new issues arise. For instance, the UK

High Court of Justice had to decide recently whether immunities apply concerning claims regarding the use of spyware by Bahrain to infect laptop computers of human rights and pro-democracy activist.¹⁵⁷ Even more recently, the French Conseil d’Etat ruled – something which was never apparently raised before the ICJ or other domestic courts – that a foreign State can invoke its State immunity before the French courts to oppose the enforcement (“*exequatur*”) of a judgment adopted by the domestic courts of the said foreign country.¹⁵⁸

e) The most divisive issue today is the law applicable to immunities from criminal jurisdiction, in particular in case of alleged international crimes. The ILC adopted on first reading in 2022 a complete set of draft articles on the topic, which generally provides for immunity (with the widely-accepted exception of the waiver of immunity), but also considers that (except for the Heads of State, the Heads of Government and the Ministers of Foreign Affairs) there is no immunity in case of allegations of (some) international crimes.¹⁵⁹ The Commission failed to achieve consensus on this point, and UN Member States are themselves divided on the topic. In 2024, the Commission will start the second reading

“The law of immunities thus confirms that, eventually, international law before domestic courts is above all about the extent to which domestic courts can be empowered with international judicial functions.”

on the topic, and it will have to find a balance between accommodating (some) States’ concerns and contributing to the fight against impunity for the most horrific crimes.¹⁶⁰

f) Finally, one may say that the law on immunities fulfils, as many legal techniques, doctrines or solutions explored in the present course, a “distribution” task, in the sense that it serves to identify which should be the

appropriate level or forum to raise a claim. In some instances, it can only be raised at the international level, not before a foreign domestic court. In others, as in the cases of exceptions to immunity, it is accepted that the claim can be submitted both at the international and at the domestic levels. The law of immunities thus confirms that, eventually, international law before domestic courts is above all about the extent to which domestic courts can be empowered with international judicial functions. That is certainly a legal question, but it is not exclusively a legal one. The international rule of law and the democratisation of the international sphere are certainly part of the equation. Behind legal debates, there are major political challenges, that one should never forget when working on international law before domestic courts.

¹ See H. Kelsen, “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy*, 1926, Vol. 14, pp. 227-331.

² See C. Triepel, “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, *Collected Courses of the Hague Academy*, 1923, Vol. 1, pp. 73-121. Generally speaking, monism and dualism describe the fact that in some countries (monism), international rules apply in the domestic legal order without the need of any domestic act of incorporation, while in others (dualism), such act is needed.

³ See, for instance, J. Crawford, “Chance, Order, Change: The Course of International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy*, 2013, Vol. 365, Chapter VII, pp. 160 ff.; M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ-lextenso, Paris, 2022, pp. 128-134.

⁴ See in particular the cases collected in *International Law Reports* (200 volumes to date; See <https://www.lcil.cam.ac.uk/publications/international-law-reports>) as well as the database *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*; See also the resources listed in the Memorandum of the Secretariat of the International Law Commission on ways and means for making the evidence of customary international law more readily available, A/CN.4/710/Rev.1, 23 January 2019, especially Annex I, available at <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/710/Rev.1>. See also the very useful “chronique de jurisprudence étrangère intéressant le droit international” published each year (in French) at the *Revue générale de droit international public* (thereafter, “RGDIP”) since 2014.

⁵ See, in particular, S. Fatima, *Using International Law in Domestic Courts*, Hart, 2005, 504 p.; Y. Iwasawa, “Domestic Application of International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy*, 2016, Vol. 378, pp. 9-262; E. Lagrange, “L’efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes”, *Collected Courses of the Hague Academy*, 2011, Vol. 356, pp. 239-552, especially pp. 452-552; A. Nollkaemper, “Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts”, *American Journal of International Law*, 2007, pp. 760-799; W. Sandholtz, “How Domestic Courts Use International Law”, *Fordham International Law Journal*, 2015, Vol. 38, pp. 595-637; Symposium, “Domestic Courts as Agents of Development of International Law”, *Leiden Journal of International Law*, 2013, Vol. 26, pp. 531-665. See also, even if less recently, H. Mosler, “L’application du droit international public par les tribunaux nationaux”, *Collected Courses of the Hague Academy*, 1957-I, Vol. 91, pp. 619-710.

⁶ L. Kopelmanas, “Du conflit entre le traité international et la loi interne. Quelques remarques au sujet des rapports du droit interne et du droit international”, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1937, pp. 88-143 and 310-361 (available via the website of the SFDI, at the (so useful) « galerie des internationalistes », <https://sfdi.org/galerie-des-internationalistes/>).

⁷ *Ibid.*, pp. 89-90.

⁸ *Ibid.*, pp. 90-91, p. 311, pp. 313 ff. and pp. 326 ff. See also at p. 127, fn. 79, the sharp criticism of the dictum of the PCIJ according to which, from the point of view of international law, “municipal laws are merely facts” (Series A No. 7, Upper Silesia, 25 May 1926, p. 19). According to Kopelmanas, what was expected from the PCIJ was to solve practical difficulties, not to express such abstract views.

⁹ Ibid., p. 94.

¹⁰ Ibid., p. 360 : “La supériorité hiérarchique n’est pas une qualité inhérente à un ordre déterminé, c’est un rapport de puissance qui doit être conquis et défendu”.

¹¹ Ibid., p. 360 : “Une théorie qui voudrait nous persuader que les rapports de l’ordre interne et de l’ordre international sont régis par des lois immanentes n’aurait pour conséquence que de cacher le fait que la véritable primauté doit s’obtenir dans un ‘combat pour le droit’” (p. 361).

¹² This is true, not only because international rules are increasingly invoked before domestic courts, but also because sometimes, international mechanisms are specifically instituted at the international level with the view to assist domestic courts: See for instance the mechanisms created to collect evidence of international crimes, to be used for possible future domestic prosecutions, in relation to crimes committed in Syria (Resolution A/RES/71/248, 21 December 2016, of the UN General Assembly) and in Iraq (Resolution S/RES/2379, 21 September 2017, of the UN Security Council).

¹³ See in particular in that regard the current work of the International Law Commission on Immunity of State officials from criminal jurisdiction and the possible exceptions in case of international crimes (materials available at https://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml). See *infra*, Section III.3.e).

¹⁴ See for instance the very detailed study by T. Webster, “Japan’s Transnational War Reparations Litigation: An Empirical Analysis”, *Harvard International Law Journal*, 2022, Vol. 63, pp. 181-244.

¹⁵ See in particular Ch. Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Larcier, 2018, 396 p. ; M. Meguro, “Litigating Climate Change Through International Law”, *Leiden Journal of International Law*, 2020, pp. 933-951; Symposium, “Litigating Global Crisis”, *Questions of International Law* (online), October 2021, No. 85. See also, for a concrete example, O. Kelleher, “The Supreme Court of Ireland’s Decision in *Friends of the Irish Government v. Government of Ireland* (“Climate Case Ireland”)”, *EJIL Talk!* (online), 9 September 2020.

¹⁶ See G. Futhazar et al., *Biodiversity Litigation*, Oxford UP, 2023, 408 p.

¹⁷ See for instance the discussion of this right in relation to a possible referendum on Scotland independence from the United Kingdom in UK Supreme Court, 23 November 2022, [2022] UKSC 31, Reference by the Lord Advocate of Devolution Issues under Paragraph 34 of Schedule to the Scotland Act 1998, §§ 84-90.

¹⁸ See in particular on that topic, and recourse to domestic courts to that effect, L. Salvadego, “Which ‘Reparations’ for Colonial ‘Crimes?’”, *Questions of International Law* (online), January 2024, pp. 21-26 (Section 5) and R. Marconi, “States before their Colonial Past: Practice in Addressing Responsibility”, *ibid.*, pp. 21-26.

¹⁹ Daniel Bethlehem described it as being the “secret life of international law”, in “The Secret Life of International Law”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, pp. 23-36.

²⁰ Cour de cassation, 24 juin 1839, *Napier et a.*; See also Conseil constitutionnel, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance de l’Union économique et monétaire*, Decision No. 2012-653 DC, 9 August 2012, § 18: France and all its organs are bound by the *Pacta sunt*

servanda principle, and they have the duty accordingly to enforce treaties in the domestic sphere.

²¹ See in particular Article 4(1) of the 2001 ILC Articles on State Responsibility.

²² See her statement on “The Roles of International Judge and Foreign Ministry Lawyer”, available at <https://www.icj-cij.org/statements-by-the-president> (29 October 2021).

²³ There can also exist some control by the Parliament on the conduct of the Executive Branch regarding international law: See the example of the “Chilcot Report” (the Independent Iraq Inquiry which examined the UK’s involvement in Iraq from 2001 to 2009, instituted by the UK Parliament, which led to the publication of a Report in 2016 in 12 volumes. See especially Vol. V, pp. 1-171, on the legal issues. Available at <https://www.gov.uk/government/publications/the-report-of-the-iraq-inquiry>). See also the non-judicial process instituted in Canada which led to the conclusion that Canada committed genocide against indigenous peoples (See B. Gelinias-Faucher, “Is Canada Internationally Responsible for Genocide”, EJIL Talk! (online), 12 June 2019).

²⁴ According to the ILC, “National courts operate within a particular legal system, which may incorporate international law only in a particular way and to a limited extent. Their decisions may reflect a particular national perspective” (Conclusions on the Identification of Customary International Law (2018), A/73/10, § 7 of the commentary on conclusion 13, p. 150).

²⁵ I concede that whether something is “better” is highly subjective. See for instance the decision of the Supreme Court of Ecuador of 28 July 2023 (Dictamen 2.23-TI/23): The Court decided that it was forbidden for Ecuador to conclude investment treaties with an arbitration clause providing for arbitration between foreign investors and the State, on the ground that it is contrary to Article 422 of the Constitution which prohibits the conclusion of treaties ceding the sovereign power to adjudicate disputes with private persons to arbitral tribunals. One could consider that such decision is a progress for the rule of law, or, to the contrary, that it will undermine the flow of foreign investments and is accordingly detrimental to the well-being of the country.

²⁶ See in particular L. Lloyd-Jones, “International Law before United Kingdom Courts: A Quiet Revolution”, ICLQ, 2022, pp. 503-529.

²⁷ PCIJ, Jurisdiction of the Courts of Dantzig, Advisory Opinion, 3 March 1928, Series B No. 15, pp. 17-18.

²⁸ This being said, the fact that international law/courts and domestic law/courts interact more frequently than before may exacerbate the possible conflicts between them. See for instance the recent opposition of views between Peru’s Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights on the Fujimori case (See G. Urquizo, “Pardon for Former Peruvian President Alberto Fujimori: New Chapter, Same Plot?”, EJIL Talk! (online), 30 January 2024).

²⁹ This is true also at the regional level. See for instance Court of Justice of the European Community, Judgment, CILFIT, 6 October 1982, Case 283/81, § 19: “it must be emphasized that legal concepts do not necessarily have the same meaning in Community law and in the law of the various Member States”.

³⁰ See for example the reservation of the USA to the 1966 Covenant on Civil and Political Rights: “The United States declares that the provisions of articles 1 through 27 of the Covenant are not self-executing.”

^{31.} A. Tzanakopoulos, “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2011, Vol. 34, p. 152, as well as p. 135, fn. 7, where he adds that domestic courts are to some extent “better equipped” than international courts to address international claims, “due to their power to compel production of evidence”, a power that international courts generally do not possess.

^{32.} *Ibid.*, p. 138.

^{33.} Series A No. 2, Judgment, August 30th, 1924, p. 12.

^{34.} *ELSI*, Judgment, 20 July 1989, ICJ Reports 1989, p. 46, § 59 (italics added).

^{35.} Ahmadou Sadio Diallo, Judgment (Preliminary Objections), 24 May 2007, ICJ Reports 2007, p. 599, § 39.

^{36.} Judgment, 19 June 2012 (Compensation), ICJ Reports 2012, p. 344, § 57.

^{37.} *Armed Activities on the Territory of the Congo*, Judgment (Reparations), 9 February 2022, ICJ Reports 2022, p. 137, § 408.

^{38.} See Article 55 of the Constitution; and on the case-law, M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 206.

^{39.} Conseil d’Etat, 6 June 1997, *Aquarone*, No. 148683.

^{40.} Cour de cassation, civ. 1, 25 April 2006, *Dumez*.

^{41.} H. Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 10, 1929, p. 92.

^{42.} See on the diversity of the domestic practice M. Forteau, “The Role of the International Rules of Interpretation for the Determination of Direct Effect of International Agreements”, in H. Aust and G. Nolte (eds.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts*, Oxford UP, 2016, pp. 96-112.

^{43.} On the distinction between formal and substantial monism and dualism, see S. El Boudouhi, “Le juge interne, juge de droit commun du droit international ?”, *Revue française de droit administratif*, 2014, pp. 371 ff.

^{44.} Conseil d’Etat, 8 February, *Gardedieu*, No. 27952.

^{45.} See on the other hand (in a criminal case) the example of the Consejo de Estado of Colombia which decided that, since the crimes prosecuted before the domestic court in the case at hand were of an international nature and that they were not submitted to any statute of limitations under international law, the prosecution was permitted in Colombia, despite the statute of limitations applicable to crimes under domestic law (*Consejo de Estado*, 22 July 2019, No. 05001-23-33-000-2018-00206-01(61449), as reported in *RGDIP*, 2019, p. 1026).

^{46.} See the cases quoted by E. Lagrange, “L’efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes”, *Collected Courses of the Hague Academy*, 2011, Vol. 356, p. 394.

^{47.} See for instance M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit., pp. 467-470 and pp. 548-557.

^{48.} [1999] 2 SCR 817, § 70.

^{49.} Monism considers that there is only one single legal order that encompasses both international law and domestic law, which need then to be articulated in a hierarchic way – with either

international law or domestic law at the summit of the pyramid of norms, while dualism considers that international law and domestic law are each an autonomous legal order, which has to incorporate rules coming from other legal orders in order for them to apply before its authorities.

⁵⁰ M. Forteau, “Changer de regard : tout ne serait-il pas affaire de droit applicable, plutôt que d’ordres juridiques ?”, in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, Paris, 2016, pp. 633-649.

⁵¹ See in particular C. Bradley (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford UP, 2019; as well as A. Roberts, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, pp. 57-92; S. El Boudouhi, “Le droit international comparé. Mythe ou réalité?”, *RGDIP*, 2017, pp. 981-1009.

⁵² C. McLachlan, *Foreign Relations Law*, Cambridge UP, 2014, lxxv-587 p.

⁵³ See above, fn. 15.

⁵⁴ See Article 267 of the Treaty on the Functioning of the EU: “Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the [European] Court.” For breaches of EU law by Member States, it is the task of domestic courts to entertain claims by individuals (European Court of Justice, 19 November 1991, *Francovich et Bonifaci c. Italie*, C-6/90 and 9/90 ; 5 March 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, C-46/93 and 48/93), while claims submitted by other States or the European Commission are to be submitted to the European Court of Justice (See Articles 258 to 260 of the Treaty).

⁵⁵ The margin of appreciation doctrine does not exist apparently before other international courts and tribunals (See G. Born, “A Margin of Appreciation?: Appreciating its Irrelevance in International Law”, *Harvard International Law Journal*, 2020, pp. 65-134). If it exists before the European Court of Human Rights, it is certainly because of the wide amount of cases submitted to the Court, which obliges it to find legal ways to limit the number of cases by delegating the settlement of some issues to the State Parties.

⁵⁶ See Article 340 of the Treaty on the Functioning of the EU, which states that “The contractual liability of the Union shall be governed by the law applicable to the contract in question” and that, on the other hand, “In the case of non-contractual liability, the Union shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties.”

⁵⁷ In the *Srebrenica* case, the domestic courts of The Netherlands relied on private international law which designated the domestic law of the territory where the damage was committed (law of Bosnia) as being the law applicable to the conduct of State authorities abroad, but also invoked customary international law and the 1966 Covenant on Civil and Political Rights which were applicable in Bosnia since the 1995 Dayton Agreement (See the Judgment of 5 July 2011 of the Hague Court of Appeal, followed by the decision of 6 September 2013 of the Supreme Court). See also the very interesting reasoning of the United States District Court, E.D. New York, 10 January 1984, in *Filartiga v. Pena-Irala*, 577 F.Supp. 860 (1984).

⁵⁸ See for instance Y. Shany, “Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims”, *American Journal of International Law*, 2005, pp. 835-851.

⁵⁹ S/2000/1063, 3 November 2000, Annex, Letter dated 12 October 2000 from the President of the International Tribunal for the Former Yugoslavia addressed to the Secretary-General.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Judgment, 20 October 2005, No. C-511/03, § 31.

⁶² Judgment, 31 January 2019, No. 13255/07, § 73 and § 65.

⁶³ Available here: https://www.idi-il.org/app/uploads/2021/09/2021_online_04_en.pdf.

⁶⁴ See also Article 3(1) of the same resolution: “Heads of jurisdiction in international cases shall be based upon substantial connections with the case or the parties thereto, taking into consideration the parties’ human right of access to a court.”

⁶⁵ The text of Article 2 as proposed by the Rapporteur (no resolution was eventually adopted) is available here, at pp. 135-136: https://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/01-Bucher-Competence_universel.pdf.

⁶⁶ A.-M. Slaughter, W. Burke-White, “The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)”, *Harvard International Law Journal*, 2006, Vol. 47, pp. 327-352.

⁶⁷ In particular, the domestic courts of the USA have been for many years considered as a very attractive forum, not only to settle cases, but also (given the risk of an impressive amount of punitive damages) to put pressure on foreign States or entities. The decision taken by Germany to settle by diplomatic means the claim related to the accusation of genocide and massacres committed against the Hereros in Africa between 1904 and 1909 was for instance driven by the risk for Germany and its Central Bank to lose cases introduced against them before US courts (see for instance the case reported in RGDIP, 2019, pp. 1044-1045: Southern District Court of New York, 6 March 2019, *Vekuui Rukoro et al. v. Germany*). Similarly, the cases in the USA against the French National Railway Company for its involvement in the deportation of Jews during WWII led France to negotiate with the USA a political settlement through a treaty concluded on the 8th of December 2014 on compensation by France of the relevant victims.

⁶⁸ See Conclusion 13(2) of the 2018 Conclusions on the identification of customary international law (*Yearbook of the ILC*, 2018, Vol. II (Part Two), p. 109); Conclusion 9(1) of the 2022 Conclusions on the identification and the legal consequences of peremptory norms of general international law (*ius cogens*) (A/77/10, p. 43); and Draft conclusion 8(2) of the draft conclusions adopted on first reading in 2023 on general principles of law (A/78/10, p. 25). See also Draft conclusion 2(1) of the draft conclusions on subsidiary means for the determination of rules of international law, as adopted in 2023 (A/78/10, p. 80).

⁶⁹ See M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit., pp. 571-574.

⁷⁰ Conseil d’Etat, 6 June 1997, *Aquarone*, No. 148683. French courts, like for instance German courts, accept on the other hand to give primacy to customary international rules over administrative acts. See for instance Germany, Federal Administrative Court, 5 April 2016, *BVerwG 1 C 3.15*, as reported in RGDIP, 2016, pp. 913-915.

⁷¹ See for instance M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 570 (about the practice before domestic courts of the USA and Germany).

⁷² See for example in Spain, on the basis of Article 10 of the Constitution, which refers to international human rights.

⁷³ See in particular the judgment of the German Constitutional Court of 5 May 2020, which considered that decisions of the European Central Bank, as well as the judgment of the European Court of Justice which upheld them in 2018 (Case 493/17), breached the constitutional principle of proportionality and were thus *ultra vires*.

⁷⁴ See E. Lagrange, “L’efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes”, *Collected Courses of the Hague Academy*, 2011, Vol. 356, pp. 417-430.

⁷⁵ Conseil constitutionnel, 20 December 2007, *Traité de Lisbonne*, No. 2007-560 DC ; Conseil d’Etat, Sarran, 30 October 1998, No. 200286 and 200287 ; Cour de cassation, Fraisse, 2 June 2000, No. 99-60.274.

⁷⁶ In France for instance, the criteria to be used were clarified only recently (See Conseil d’Etat, Ass., GISTI et FAPIL, 11 April 2012, No. 322326; since then, this precedent has been endorsed by the Cour de cassation: See Société FSM, 11 May 2022, No. 21-15.237). This clarification was most helpful. In the past, it happened that for the very same treaty (in particular the UN Convention on the Rights of the Child), the administrative and the judicial courts did not have the same interpretation of the Convention and its self-executing nature.

⁷⁷ In France, see for instance Conseil d’Etat, 3 July 1998, No. 158592.

⁷⁸ See for instance ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, pp. 24-25, § 29; ICSID, *Ad Hoc Committee, RSM Production Corporation v. Granada*, ARB/05/14, Decision, 7 December 2009, § 23.

⁷⁹ See for instance Cour de cassation, Crim., 9 May 1972, Gauthier-Lafon, No. 61-92.126.

⁸⁰ See M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit., pp. 308-309.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Syllabus, in *Yearbook of the ILC*, Vol. II (Part Two), 2011, Annex I, § 3. The topic was put at the agenda in 2012 on the basis of this Syllabus (see *Yearbook of the ILC*, Vol. II (Part Two), 2012, §1 56). In the general commentary of the conclusions adopted on second reading in 2018, the Commission indicates that they “seek to offer practical guidance on how the existence of rules of customary international law, and their content, are to be determined. This is not only of concern to specialists in public international law; others, including those involved with national courts, are increasingly called upon to identify rules of customary international law” (A/73/10, 2018, p. 122).

⁸³ *Ibid.*, § 7 of the commentary to Conclusion 13, p. 150.

⁸⁴ See the case reported at RGDIP, 2018, p. 1063: Federal Constitutional Court, 15 March 2018, 2 BvR 1371/13. The Treaty was adopted on 7 July 2017. It entered into force on 22 January 2021. It has been signed by 93 States and to date, 70 States are parties to it (with no nuclear power among them). See https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-9&chapter=26&clang=_en.

⁸⁵ See the case reported at RGDIP, 2016, p. 922: UK Supreme Court, 25 November 2015, *Keyu* and others.

- ^{86.} M. Kanetake, “UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies before Domestic Courts”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, pp. 201-232, in particular the examples given at pp. 211-213 and 217 ff. See also M. Kanetake, A. Nollkaemper, “The Application of Informal International Instruments before Domestic Courts”, *The George Washington International Law Review*, 2014, Vol. 46, pp. 765-807, as well as the examples given by W Sandholtz, “How Domestic Courts Use International Law”, *Fordham International Law Journal*, 2015, Vol. 38, pp. 627 ff. (expressing the view that “courts are less likely to invoke international decisions and soft law for their own sake, but rather in conjunction with references to treaty law” (p. 627)).
- ^{87.} Conseil d’Etat, 1st April 2019, No. 417652.
- ^{88.} See the Dumez case quoted above, at fn. 40.
- ^{89.} See for instance US Supreme Court, 9 March 1987, *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 US 421 (1987); and for many other examples in other States, V. Chetail, *International Migration Law*, Oxford UP, 2019, pp. 385-397.
- ^{90.} See § 9 of the commentary on conclusion 9 of the 2022 Conclusions on the identification and the legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*) (A/77/10, p. 46).
- ^{91.} 1st September 2018, as reported in RGDIP, 2019, pp. 1020-1022.
- ^{92.} See Italy, Constitutional Court, 11 April 2018, Judgment No. 20, and Germany, Second Senate, 24 July 2018, 2 BvR 309/15 – 2 BvR 502/16, as reported and analysed in L. Borlini, L. Crema, “The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies: Authoritative Interpretations or mission éducatrice?”, *Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2019 (SSRN Paper, Oxford UP, 2020).
- ^{93.} See Supreme Court of Spain, 17 July 2018, 1263/2018. See also, more recently, K. Casla, “Spain’s Supreme Court is at it again: UN Treaty Body Decisions are binding”, *EJIL Talk!* (online), 22 January 2024.
- ^{94.} See 8 December 2017 and 19 January 2018, Tesis aisladas, as reported in RGDIP, 2018, p. 1089.
- ^{95.} Tribunal of Trapani, 3 June 2019, as reported in RGDIP, 2019, p. 1019.
- ^{96.} See France, Conseil d’Etat, 21 April 2000, Zaïdi, No. 206902.
- ^{97.} Cour de cassation, Soc., 25 January 2005, Banque africaine de développement, No. 04-41012.
- ^{98.} Conseil d’Etat, 23 December 2011, Brito Paiva, No. 303678. In a more recent case, the Conseil d’Etat resorted to a private international reasoning, as the Cour de cassation does, i.e., it had recourse to “public policy” to articulate a bilateral treaty concluded with a non-European State and the European Convention on Human Rights: See Conseil d’Etat, 27 December 2022, No. 463101.
- ^{99.} See for instance UK, Supreme Court, 19 March 2021, *G v. G*, [2021] UKSC 9.
- ^{100.} Of course, another domestic court could take a different position in each of the examples quoted below, which could lead then to an interstate dispute at the international level.
- ^{101.} Conseil d’Etat, 7 June 2006, Association aides et autres, No. 285576.
- ^{102.} Federal Constitutional Court, 7 December 2018, 2 BvQ 105/18 et al, as reported in RGDIP, 2019, p. 1031.

- ^{103.} 27 December 2019, 2016heonma253, as reported in RGDIP, 2020, pp. 748-749.
- ^{104.} Conseil d'Etat, ordonnance en référé, 7 December 2023, No. 489817.
- ^{105.} See in particular J. Verhoeven, "Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation", *Collected Courses of the Hague Academy*, 1985, Vol. 192, pp. 9-232.
- ^{106.} See for instance, avoiding to take any decision on the legal status under international law of Western Sahara, (France) Conseil d'Etat, 27 December 2022, No. 457625.
- ^{107.} See for instance on contemporary practice, C. McLachlan, *Foreign Relations Law*, Cambridge UP, 2014, pp. 377-417; M. Forteau, "Etre ou ne pas être un Etat: le rôle du juge interne dans la détermination de la qualité étatique d'entités étrangères", *Annuaire français de droit international*, 2016, pp. 25-49.
- ^{108.} See lastly the decision of the UK Supreme Court in *Maduro Board*, 20 December 2021, [2021] UKSC 57, available here <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0195.html>. The issue was also raised before ICSID Tribunals. See in particular the decision on Respondent's Representation, 1st March 2021, ICSID Case No. ARB/07/27, *Venezuela Holdings B.V., Mobil Cerro Negro Holding LLC and Mobil Cerro Negro Ltd v Republic of Venezuela*.
- ^{109.} See the observations of L. Yanev, in *EJIL Talk!* (online), 7 December 2022.
- ^{110.} This general principle of law has been incorporated in the Statute of the ICC, at Articles 22 and 23.
- ^{111.} See *Cour de cassation, crim.*, 6 October 1983, *Barbie*.
- ^{112.} *Cour de cassation, crim.*, 17 June 2003, *Aussarès*.
- ^{113.} See *House of Lords*, 29 March 2006, *Margaret Jones*, [2006] UKHL 16.
- ^{114.} *Cour de cassation, crim.*, 14 October 2015, No. 15-84420.
- ^{115.} According to E. Lagrange, "L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes", *Collected Courses of the Hague Academy*, 2011, Vol. 356, pp. 239-552, especially p. 505.
- ^{116.} *Ibid.*, p. 506.
- ^{117.} See *Court of Appeal of Paris, pôle 1, ch. 1*, 16 January 2018, *Société MK Group c. SARL Onix et Société Financial Initiative*, No. 15/21703; and 21 February 2017, *République du Kirghizstan c. Monsieur Valerit Belokon*, No. 15/01650.
- ^{118.} See *supra*, fn. 44.
- ^{119.} See the Judgment of the ICJ in the case between Germany and Italy, *Jurisdictional Immunities of the State*, Judgment, 3 February 2012, ICJ Reports 2012, p. 99.
- ^{120.} See Article 1 of the Geneva Convention relating to the Status of Refugees, 28 July 1951.
- ^{121.} See for instance Article 3, f), of the UN Model Treaty on Extradition (https://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition.pdf).
- ^{122.} See for instance (United Kingdom), *Supreme Court*, 15 November 2023, *Re (on the Application of AAA (Syria) and others)*, [2023] UKSC 42; (France) *Cour de cassation, crim.*, 28 March 2023, No. 22-84.394.
- ^{123.} See in particular *US Supreme Court*, 24 April 2018, *Jesner et al. V. Arab Bank, PLC*, No. 16-499, deciding that the Alien Tort Statute Act, which provides for civil universal jurisdiction, does not apply to foreign companies.

^{124.} See Canada, Supreme Court, 28 February 2020, *Nevsun Resources Ltd v. Araya*, 2020 CSC 5, in particular §§ 62-69 and 113 in fine.

^{125.} Korea, Supreme Court, 30 October 2018, 2013da61381, as reported in RGDIP, 2019, p. 1036.

^{126.} See Cour of Appeal of Versailles, 22 March 2013, No. 11/05531, *Association France Palestine Solidarité* (which challenged the building by a French company of the tramway in Jerusalem East on the ground that it was a breach of international humanitarian law – assistance given to the occupying power); and Conseil d’Etat, 3 October 2012, No. 354591.

^{127.} 4 February 2020, X1-X19 v. Japan, as reported in Japanese Yearbook of International Law, 2021, pp. 294-302.

^{128.} It has been for instance accepted in France that a foreign State can challenge before the French highest administrative Court (the Conseil d’Etat) a refusal by France to give effect to a request for extradition submitted by that foreign State (Conseil d’Etat, 15 October 1993, No. 142578, *Royaume-Uni c. Ministère des affaires étrangères*).

^{129.} Judgment, 7 September 1927, Series A No. 10, p. 19.

^{130.} See J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2019, pp. 386 ff.

^{131.} See the examples given for instance in the Syllabus prepared by the ILC Secretariat in 2006 on “Extraterritorial Jurisdiction”, Yearbook of the ILC, 2006, Vol. II (Part Two), Annex E, pp. 229-239. See also the Report of the Expert Group of the African Union and the European Union of 16 April 2009 on the Principle of Universal Jurisdiction (available at <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%208672%202009%20REV%201/EN/pdf>).

^{132.} See for instance Article 15(5) of the UN Convention against transnational organized crime (See UN General Assembly Resolution 55/25 of 15 November 2000); or the well-known obligation to prosecute or extradite; or Article 228 of the UN Convention on the Law of the Sea.

^{133.} See for instance the judgment of the Constitutional Tribunal of Spain of 20 December 2018 (No. 3754/2014), deciding that, in the absence of any uniform model of universal jurisdiction in international law, the domestic restrictions to universal jurisdiction adopted by Spain do not constitute a breach of Spain’s Constitution.

^{134.} 6 October 2016, III ZR 140/15, as reported in RGDIP, 2017, p. 1217.

^{135.} See above fn. 57.

^{136.} 7 June 2007, [2007] 2 SCR 292. See my observations in “A la recherche du droit applicable aux actes extraterritoriaux d’exécution : l’affaire R. c. Hape devant la Cour suprême du Canada (7 juin 2007)”, *Annuaire français de droit international*, 2007, pp. 65-104. See also the judgment of the German Federal Constitutional Tribunal of 19 May 2020 (1 BvR 2835/17, as reported in RGDIP, 2020, p. 765), deciding that the German State can regulate telecommunications surveillance between foreign nationals abroad, to the extent that it does not imply any coercive action in the territory of a foreign country.

^{137.} See *infra*, 3.

^{138.} This is at least the case in France. See Conseil d’Etat, 20 December 2013, *Mme Fano et autres*, No. 33352235. See however, exploring exceptions and the practical difficulties they

raise, C. Meurant, “L’Etat étranger devant le juge administratif français”, *Journal du droit international*, 2021, pp. 1277-1301.

^{139.} Case 09-748006/19.

^{140.} See for instance *Armed Activities on the Territory of The Congo (DRC v Rwanda)*, 3 February 2006, ICJ Reports 2006, § 64.

^{141.} No. 17-1678, Decided February 5, 2020, particular pp. 9-12.

^{142.} See respectively: Conseil d’Etat, 10 April 2003, No. 255905; and 5 July 2000, No. 206303. Other examples are provided in “Using Military Force and Engaging in Collective Security. The Case of France”, in C. Bradley (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford UP, 2019, pp. 811-827.

^{143.} Conseil d’Etat, 27 January 2023, No. 436098, Association ASER.

^{144.} See in particular the judgment of the Belgium Conseil d’Etat, of 9 March 2020, No. 247-259, *Ligue des droits humains et autres c. Région Wallone*. For a more comprehensive perspective of domestic courts practice in relation to arms trade, see J.-B. Merlin, “Les contentieux nationaux relatifs à la vente interétatique d’armes”, *Annuaire français de droit international*, 2019, pp. 71-103.

^{145.} Conseil d’Etat, Juge des référés, 23 April 2019, No. 429668.

^{146.} Judgment, Grand Chamber, 14 September 2022, Nos. 24384/19 and 44234/20, at § 276.

^{147.} *Ibid.*, § 295, and the operative part of the Judgment.

^{148.} See in particular <https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0207.xml>.

^{149.} See for instance in France, Cour de cassation, civ. 1, 2 May 1990: French courts have no jurisdiction to control compliance with the domestic public laws of a foreign State.

^{150.} This very complex question was already debated more than 45 years ago, but there still is a need for more academic work on the topic. See the seminal article of P. Weil, “Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers”, *Annuaire français de droit international*, 1977, pp. 9-52.

^{151.} See *supra*, II.3.b.

^{152.} Judgment, 3 February 2012, ICJ Reports 2012, § 107. See also the operative part of the Judgment. A new case was brought by Germany against Italy before the ICJ on 29 April 2022. Germany withdrew its request for provisional measures in that case on 6 May 2022, following the adoption by Italy of a decree to settle the claims of the victims. This decree was later considered compatible with the Italian Constitution by the Constitutional Court (Judgment 159/2023, 4 July 2023). It may be thus that the case will be amicably settled. See also the pending case on *Alleged Violations of State Immunities (Iran v. Canada)*, lodged on 27 June 2023.

^{153.} *Ibid.*, ICJ Reports 2012, § 71.

^{154.} See *ibid.*, §§ 80 ff.

^{155.} See H. Ascensio, B. Bonafé, “L’absence d’immunité des agents de l’Etat en cas de crime international : pourquoi en débattre encore ?”, *RGDIP*, 2018, pp. 821-850.

^{156.} 23 August 2021, No. 954-858.

^{157.} 8 February 2023, *Shehabi and Mohammed v Kingdom of Bahrain*.

^{158.} Conseil d'Etat, 22 December 2023, Société gabonaise d'édition et de communication, No. 463451.

^{159.} See ILC Report, A/77/10, 2022, §§ 60–69, in particular Draft article 7. The crimes concerned are the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes, the crime of apartheid, torture and enforced disappearance. The ILC refused to include in the list the crime of aggression, but the Russian war against Ukraine may prompt the ILC to include it in the future.

^{160.} All the relevant materials on the topic are available on the website of the Commission, including most recently (2024) the written comments by States submitted on the draft articles adopted on first reading. See https://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml.

Sobre el autor

Mathias Forteau



Mathias Forteau, Professor of Public International Law at the University of Paris Nanterre in France (since 2008) and former Adjunct Professor at the NYU School of Law (from 2015 to 2018).

Member of the International Law Commission of the United Nations (2012-2016; 2021-2027) Former Secretary-General of the French Society for International Law (*Société française pour le droit international*) (2008-2012).

Author and co-editor of many books and articles in French and English in the field of public international law. In particular: co-author of the last edition of the treatise *Droit international public* (with A. Miron and A. Pellet, 2022, 2047 p.) and co-editor of the *Traité de droit international de la mer* (with J.M. Thouvenin, 2017).

Co-director since 2015 of the *Annuaire français de droit international* (French Yearbook of International Law); Member of the Editorial Board of *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*; *The Institut du droit économique de la mer* (INDEMER) and the *Annuaire du droit de la mer*; *The Brazilian Yearbook of International Law*; *The Spanish Yearbook of International Law*; *The Revue belge de droit international*.

In the last 20 years, he also served, or is currently serving, as counsel or advocate for States in a number of inter-State cases before the International Court of Justice and the International Tribunal of the Law of the Sea.

Sumario

- I.** *Introducción;*
- II.** *Familias internacionales;*
- III.** *Sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes por parte de uno de sus progenitores:*
 - A. Punto de partida: Círculo de protección de los derechos del niño;*
 - B. ABC de la sustracción internacional parental de niñas, niños y adolescentes;*
 - C. Las demoras en el procedimiento de restitución y la mediación:*
 - 1. Demoras en el procedimiento de restitución;*
 - 2. Mediación;*
 - 3. Hacia procedimientos de consenso de buenas prácticas;*
 - 4. Caso Córdoba vs. Paraguay;*
- IV.** *Conclusiones.*



Familias internacionales ante nuevos desafíos globales: ¿Novedades en sustracción? Demoras, mediación y el caso Córdoba vs. Paraguay

**Nuria González
Martín¹**

Dedicado a una bellísima persona, colmada de talentos y afectos, Don Sergio García Ramírez, gran colega, gran amigo (1/2/38-10/1/24)

I. Introducción

“Cambiar el mundo, amigo Sancho, que no es locura ni utopía, sino ¡Justicia!”, esta es una frase atribuida a Don Quijote, y lo cierto es que en la obra de Cervantes no aparece dicho fragmento, y mucho menos aparece, por la época, la palabra utopía. La autoría es importante, y no sabemos a quién dársela, pero el significado de dicha expresión es lo que cuenta.

¿Por qué traemos a colación esta frase?, con la idea de destacar y subrayar, y cuantas más veces lo hagamos mejor, la solidaridad global. Cuantos más seamos en alzar la voz y plantear soluciones viables, desde la creatividad,

desde el conocimiento y el compromiso, menos serán los que se queden sin una protección debida -nacional, internacional, global.

Por el objetivo puntual que traemos en esta contribución, especialmente a través de propuestas de mediación y soluciones amigables que representan un acceso a la justicia, busquemos, con mayor énfasis, como decía el supuesto Don Quijote, la justicia, con un acceso real de hecho y de derecho y, hagámoslo también desde nuestra disciplina, el Derecho Internacional Privado (DIPr).

Nuestra propuesta para abarcar un tema tan importante como urgente, es transitar desde la base del mismo, es decir, el acceso a la justicia -la no jurisdiccional especialmente y/o compaginada con la jurisdiccional-, pero aterrizándolo en niñas, niños y adolescentes (NNyA) sustraídos internacionalmente por parte de uno

de sus progenitores, desde el interés superior -en este caso- de los menores de 16 años de edad, desde la debida celeridad y diligencia excepcional que estas situaciones entraña no solo para la niñez y el seno familiar, sino desde lo que implica para la sociedad en su máxima expresión. Un talón de Aquiles que permea en estas situaciones reiteradas en el tiempo y en el espacio, y que queda muy patente en las demoras que tiene el procedimiento en sí y en la falta de implementación de un medio alternativo, como es la mediación, en la actualidad.

Para analizar y abarcar estas carencias, proponemos una estructura que después de esta sucinta introducción (I), parta del abordaje de las familias, con los conceptos que depara un nuevo diccionario familiar internacional (II) lo cual conectará, o pondrá en correlación, las sustracciones internacionales parentales de NNyA (III) y así plantear los desafíos que entraña esta figura jurídica internacional y, como ejemplo presentamos las demoras en su procedimiento y la mediación con la numeración de procedimientos de consenso de buenas prácticas. Para finalizar, traemos un caso paradigmático, Córdoba vs. Paraguay, a través de un breve análisis de la decisión emanada de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos (CoIDH) del 13 de diciembre de 2023. Por último, se volcarán unas extensas, y pensamos que muy concluyentes, reflexiones finales (IV).

II. Familias internacionales

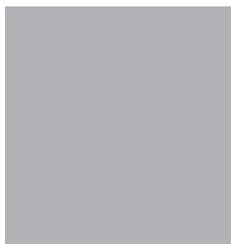
En 2019, se publicó un libro en homenaje a uno de los grandes doctrinarios de la región americana, Eugenio Hernández Bretón, y ahí nos dimos a la tarea de plantear una serie de consideraciones en torno al derecho internacional familiar; así comenzaba el mismo²:

Desde el momento en el que los seres humanos dejaron de ser sedentarios per se, se inicia el desplazamiento de las poblaciones y con ello, de manera paulatina, el intercambio o cruce étnico/racial, cultural y religioso, entre otros.

Como una consecuencia de ese movimiento poblacional, se puede decir que se potencia la socialización, la cual, a través del tiempo, fue la que dio pie a la creación de grupos con una mayor cohesión a través de una historia común y sobre todo a través de signos de identificación tales

**Nuria
González Martín**

Familias internacionales ante nuevos desafíos globales: ¿Novedades en sustracción? Demoras, mediación y el caso Córdoba vs. Paraguay



como la geografía, la raza, la lengua, la cultura y, por supuesto, posteriormente la nacionalidad, fundamentalmente.

Igualmente, podemos decir que este arraigo de inicio se ha ido moldeando y de cierta forma desvaneciendo y, por ello, podemos atrevernos a expresar que el fenómeno de la globalización no es nuevo pero lo que si pareciera ser nuevo es la inercia hacia una sociedad más “artificial”, o al menos no tan natural como en sus inicios más remotos o mediatos, pero en donde se establecen o mantienen fronteras cerradas, especialmente cuando se atienden relaciones familiares³.

Pues bien, expresado lo anterior, y como prolegómeno hacia la necesaria apertura de dichas fronteras, ponemos en realce la proliferación de nuevas estructuras familiares, en donde

“Desde el momento en el que los seres humanos dejaron de ser sedentarios per se, se inicia el desplazamiento de las poblaciones y con ello, de manera paulatina, el intercambio o cruce étnico/ racial, cultural y religioso, entre otros.”

no hay un modelo único y, por tanto, no podemos hablar de familia en singular. Se abre un abanico tan amplio como incluyente (debería ser) y en evolución constante.

Desde el DIPr, se vislumbra una serie de “categorías” muy evidentes, tales como las familias internacionales⁴, familias transfronterizas⁵, familias transnacionales⁶ o familias migrantes⁷, donde el punto de

contacto o conexión -residencia habitual⁸, primordialmente-, el elemento de extranjería que da la connotación de internacional a dichas relaciones familiares no queda acotado en dicha enunciación, sino que va más allá.

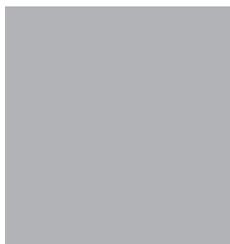
Pero antes de continuar con esta nueva terminología globalizadora familiar internacional, veamos cómo está la familia en el mundo y pongamos algunas cifras aproximadas que marcan movilidad y que varían en el tiempo y en el espacio⁹: - En España, hace algunos años, se llegó a tener en torno al 22% de los matrimonios religiosos e Inglaterra le ha seguido con una cifra muy cercana; -Singapur tuvo un aproximado de 33% de esposas importadas; - Estados Unidos de América ocupa el primer lugar del mundo en exportación de espermias, los daneses les han seguido muy de cerca, incluso como segundo país; - India llegó a ganar hasta 445 millones de dólares con la industria de la gestación por sustitución; - En los Estados Unidos de América las cifras escandalizan y así la inercia pareciera continuar con unos 11 millones de niños en peligro de deportación o separación familiar; - Filipinas tiene más de 9 millones de niños sin padres y, - en Europa se encuentran más de 30 mil niños solos (niños solos -o que quedan

huérfanos- y que llegan en una patera a España cruzando el estrecho de Gibraltar provenientes de Marruecos o del África subsahariano; o niños que llegan a Italia o Grecia, cruzando el mediterráneo provenientes también de diversos países africanos, en donde la tragedia siempre está presente; no olvidemos el pesquero que salió de Libia con 750 personas, hacinadas, con destino a Italia y que se hundió frente a la costa de Grecia, en el mar Jónico, el 14 de junio de 2023 y en las que se rescataron con vida poco más de 100 personas, 81 muertas y más de 500 desaparecidos -los servicios de rescate esperaron 7 horas para iniciar los mismos-).

Estas cifras, que más que puntuales pretenden dar un marco de referencia, junto a una diversidad de circunstancias, todas con variables y escenarios específicos, invitan, como decíamos, al establecimiento de una nueva terminología que deviene en nuevas estructuras familiares que desde el DIPr, e incluso desde el derecho internacional de los derechos humanos, van más allá de los matrimonios y divorcios de conveniencia, familias ensambladas o reconstituidas, adoptivas, monoparentales, homoparentales, etcétera, en donde, y ahora, ya en este primer cuarto del siglo XXI,

**Nuria
González Martín**

Familias internacionales ante nuevos desafíos globales: ¿Novedades en sustracción? Demoras, mediación y el caso Córdoba vs. Paraguay



la terminología se expande, dado que los Estados se ven en la necesidad de regular la vida familiar de los nuevos tipos de familias y los desafíos que presentan estos procesos de cambio¹⁰. Sabemos que el DIPr es un área del conocimiento compleja que intenta ofrecer soluciones a problemas que no son fáciles de resolver; en donde se interactúa con normas de origen internacional y doméstico o nacional, entre sistemas legales diferentes, y en donde ante problemas similares, y aun encontrando soluciones, no siempre se satisfacen los intereses de todos; algo connatural a la especie humana pero que queda más patente en el área del conocimiento jurídico.

Por lo tanto, el abordaje de la temática de las nuevas estructuras familiares en el ámbito internacional y la búsqueda de una solución inequívoca, armónica, quizás no es posible pero sí la búsqueda de un patrón basado en la protección incondicional del ente

familiar, según sus necesidades y con la apertura debida de los Estados que deben asumir la responsabilidad de cuidar a quienes forman parte de sus residentes habituales, como decimos, punto de conexión indubitado, y que pone en conexión la idea primigenia que redundará en un panorama más amable de convivencia y paz social, la mencionada solidaridad global.

En definitiva, y como decimos, una nueva terminología globalizadora familiar internacional, transfronteriza, transnacional y migratoria, que puede propiciar más términos novedosos que los señalados arriba y así se pueden estructurar desde aquellos que van relacionados con: A. las relaciones conyugales; B. las diferentes maneras transfronterizas de traer niños al mundo; C. los niños dejados atrás¹¹. De esta manera, tenemos:

A. Relaciones Conyugales. Modalidades y términos relevantes

1. Diversidad Residencial en las Relaciones: Hogar dividido (Split Household), muy ubicado en la población migrante, rural y urbana¹². Vida junta separada (Living Apart Together), intimidad compartida, pero con residencias distintas¹³. Relación a larga distancia (Long Distance Relationship), parejas separadas geográficamente por diferentes motivos -laborales, estudios, etcétera-¹⁴. Mobile intimacy, relación íntima mantenida a través de medios electrónicos, tratando de superar la distancia física¹⁵.

2. Matrimonios Multiculturales y Multinacionales¹⁶: Matrimonio transfronterizo (Cross-Border Marriage), unión entre personas en la que va implícita una distancia geográfica entre los futuros cónyuges. Matrimonio multinacional (Multinational Marriage), involucra nacionales de dos países, al menos. Matrimonio mixto (Mixed Marriage), se refiere a un matrimonio en el cual los cónyuges pertenecen a diferentes grupos étnicos, culturales, raciales o religiosos. Dentro de estos últimos, se afinan las terminologías al contemplarse Matrimonio intercultural (Cross-Cultural

Marriage), integración de distintas culturas. Matrimonio Interreligioso (Interfaith Marriage), religiones diferentes en una pareja. Matrimonio Interracial (Interracial Marriage), unión de personas de razas o etnias distintas.

3. Ciudadanía, Nacionalidad y Visas: Ciudadanía Íntima (Intimate Citizenship), tiene que ver con las elecciones íntimas, relativas tanto al matrimonio como a la procreación, que pueden abarcar desde los matrimonios del mismo sexo o la gestación por sustitución, por ejemplo¹⁷. Ciudadanía familiar (Familial Citizenship), muy centrado en el debate sobre otorgar ciudadanía basada en el cónyuge y cuestiones relacionadas con visas de esposos (Spouse Visa)¹⁸.

4. Matrimonios por Conveniencia y Modalidades Asociadas: Matrimonios por Conveniencia (Sham Marriage, Fraudulent Marriage, Fictive Marriage, Marriage of Convenience), términos utilizados por las autoridades tratando de dilucidar o diferenciar entre los matrimonios basados en el amor y aquellos utilizados para soslayar un tema migratorio, por ejemplo¹⁹.

5. Novias por Correspondencia y Mujeres Sobrantes: Novias por Correspondencia (Mail-Order Brides),

mujeres que se mudan, dejan su país de origen, y se marchan a vivir al país de origen de sus esposos²⁰. Mujeres Sobrantes (Leftover Women), mujeres solteras que viven en países más desarrollados -como por ejemplo Singapur, Korea...- pero en donde los hombres han optado por novias por correspondencia²¹.

6. Acuerdos Conyugales Portátiles y Turismo de Divorcio: Acuerdo Conyugal Portátil (Portable Spousal Agreement), el objetivo es tener documentos legales para asegurar ejecutabilidad en diferentes países, por ejemplo, acuerdos prenupciales. Acuerdo de Divorcio Portátil (Portable Divorce Agreement), enfoque práctico para acuerdos legales tras la separación²². Turismo de Divorcio (Divorce Tourism), enfocado a buscar jurisdicciones favorables – forum shopping- para procesos de divorcio²³.

B. Reproducción transfronteriza²⁴. Desafíos y controversias

- Turismo Procreativo (Procreative Tourism), viaje a otro país para adquirir gametos o servicios relacionados con la gestación y el parto.
- Infertilidad en el Exilio (Infertility Exile), con una sutil diferencia con respecto al anterior, se da un desplazamiento debido a la infertilidad en busca de soluciones en otro país.
- Reproducción Migratoria (Reproduction Migration), migración relacionada con la reproducción.
- Reproducción Transfronteriza (Cross-Border Reproductive Care), acceso a servicios reproductivos en un país diferente.
- Gestación por sustitución (Surrogate Maternity), diferenciándola, en este momento, de aquella que surge de un contrato, oneroso o gratuito, por el cual una gestante subrogada -gestación de un embrión- lleva y da a luz a un bebé para otra persona o pareja, padres intencionales. En este proceso, los óvulos pueden provenir de la futura madre o de una donante, y el espermia puede provenir del futuro padre o de un donante. Es una figura con una proliferación

importante y también con una falta de regulación específica, generando un debate nacional e internacional. En la gestación por sustitución se pueden perfilar como las principales preguntas en debate:

- ¿Debe prohibirse o permitirse la gestación por sustitución? En donde se vislumbra una variedad de opiniones desde la criminalización hasta el respeto con protección a los hijos nacidos.
- ¿Debe ser remunerada o gratuita la gestación por sustitución? Controversia sobre si la compensación económica cruza la línea del tráfico de personas.
- ¿Quién debe tener acceso a la gestación por sustitución? Consideraciones de edad, salud y requisitos para gestantes y padres intencionales.

En definitiva, planteamientos con grandes desafíos legislativos y controversias como el alto impacto en la legislación, con problemas de anomalías y antinomias difíciles de resolver, así como una gran atracción en la literatura jurídica con debates polarizados con posturas diametralmente opuestas²⁵.

C. Niños Dejados Atrás. Realidades y desafíos transnacionales.

1. Niñez en Contextos de Emigración (Niños Dejados Atrás), NNyA cuyos padres emigran, quedando bajo el cuidado de familiares en el país de origen, entre estos países encontramos a México, Sri Lanka, Moldavia o Filipinas.

2. Maternidad transnacional (Transnational Motherhood), enfoque en la relación madre-hijo dispersa en varios países, lo que implica no solo el cuidado emocional, ayuda económica sino la comunicación continua con los hijos en la distancia. Paternidad a distancia (Teleparenting o Mobile-Phone Mom), padres transnacionales que utilizan la tecnología para mantener contacto con los hijos.

3. Niño paracaídas (Parachute Kid), como aquellos niños enviados a vivir a otro país mientras los padres permanecen en el país de origen. Niño satélite (Satellite Kid), niños acompañados por un progenitor mientras el proveedor permanece en el país de origen.

4. Desafíos Educativos y de Desarrollo: Bebés anclas (Anchor Baby)²⁶ o

Turismo de nacimiento (Birth Tourism)²⁷, niños cuyos padres buscan asegurar la nacionalidad por nacimiento en otro país por *ius soli*.

5. Y como otra categoría que abarca diversidad de situaciones, destacamos los menores no acompañados (Unaccompanied Minors), especialmente hacemos la referencia a los Estados Unidos. Aquellos niños sin estatus legal, menor de 18 años de edad, que no tiene padres ni tutores legales disponibles en los Estados Unidos para brindar cuidado y custodia²⁸.

6. Por otro lado, tenemos la sustracción internacional parental de menores (International Parental Child Abduction), aquellas situaciones que se dan cuando hay un traslado o retención ilícita de un menor de 16 años por parte de uno de sus progenitores -progenitor sustractor-, en infracción a los derechos de guarda, custodia y/o visita, legítimamente atribuidos o reconocidos del otro progenitor -progenitor perjudicado o dejado atrás.

Sin lugar a dudas, todas estas referencias conceptuales de familias ponen de relieve los nuevos desafíos globales, muy especialmente, desde el DIPr, y con ello lo que se pretende exponer es, tal y como ya dejamos entrever, la

necesidad de su visibilidad para poder atender situaciones que se van dando de manera cotidiana, que rebasa situaciones anteriores y que van en incremento exponencial.

No es casual que hayamos finalizado esta “batería” conceptual, aludiendo a la sustracción internacional parental de NNyA para dar entrada a los siguientes apartados, y el motivo es la situación en la que se encuentran las familias, y sus hijos menores, víctimas de una situación de sustracción y la falta de un verdadero acceso a la justicia, a la falta de una verdadera tutela judicial efectiva²⁹ como dejaremos constancia a través de una exposición en torno a los problemas implícitos

“...nuevos desafíos globales, muy especialmente, desde el DIPr, y con ello lo que se pretende exponer es, tal y como ya dejamos entrever, la necesidad de su visibilidad para poder atender situaciones que se van dando de manera cotidiana, que rebasa situaciones anteriores y que van en incremento exponencial”

en las demoras, la falta de una verdadera implementación de la mediación y la ausencia de la puesta en escena de instrumentos que permiten con la celeridad y diligencia debida atender situaciones en el interés superior del NNyA y su familia.

III. Sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes por parte de uno de sus progenitores

A. Punto de partida: Círculo de protección de los derechos del niño

Comencemos con el asunto Niños de la Calle, en donde la CoIDH inició y tomó, de manera progresiva, la noción de *Corpus Iuris*, y así precisa las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Pacto de San José, y que conforman un “círculo de protección de los derechos del niño”, en donde expresa que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” con un razonamiento bajo la premisa en torno a “el desarrollo armonioso de la personalidad

de [los niños] y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Por tanto, corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta, naturalmente, tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella”³⁰. Por lo tanto, los Convenios sobre sustracción/restitución tienen contenido directamente relacionado con el “círculo de protección de los derechos del niño” y se integran, de esa manera, como parámetros de interpretación de los derechos contenidos en la Convención Americana, particularmente a partir del mencionado artículo 19 CADH, que informa, transversalmente, los derechos contenidos en dicha CADH con el principio del interés superior del niño atendiendo al *Corpus Iuris* en la materia.

De esta manera, y con esta noción, nos introduce Jorge Cardona, cómo “las obligaciones emanadas del artículo 19 CADH deben ser determinadas de acuerdo a las obligaciones de los Estados dentro de todo el marco de normas consuetudinarias y convencionales relativas a la protección de los derechos del niño, organizando un estándar de protección en la materia, que incluye el cumplimiento de

la propia legislación interna en el caso que dicho estándar sea superior, y que se amplía progresivamente hasta constituir una obligación general para el Estado, en los mismos términos que el artículo 1.1 de la CADH”³¹.

El análisis jurisprudencial presenta, como expresa la referida doctrina, el caso de Niños de la Calle, en el que la Corte declara violaciones directas del artículo 19 CADH, además del caso Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” vs. Paraguay, en donde, asimismo, el artículo 19 CADH da pauta para visualizar el alcance de violaciones a otros derechos de la Convención Americana cuando las víctimas son niñas o niños, una concepción amplia, incluso cuando los derechos no están contemplados de manera expresa en la CADH.

Llegados a este punto, vemos cómo la CoIDH utiliza, para los casos de sustracción internacional parental de NNyA -y como no podría ser de otra manera-, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CND) como portaestandarte de los derechos de la niñez³² y que cae dentro de la noción de Corpus Iuris, conformando el “círculo de protección de los derechos del niño”. Por todo ello, hay obligaciones de los

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”

Estados en torno a la organización de un estándar de protección en la materia de sustracción:

1. el alcance de los derechos vulnerados;
2. las obligaciones del Estado ante el deber de proteger a NNyA; y
3. las obligaciones de reparación y garantía de no repetición de hechos lesivos.

Todo ello lo realiza de la mano de la normativa convencional internacional de hard law y de los instrumentos de soft law, sus razonamientos enriquecen y consiguen el objetivo principal que es la protección internacional e integral de la minoridad víctima de situaciones a todo efecto anómalas. Un corpus iuris omnicompreensivo de todas aquellas normas que les pueda asistir, dentro del foro de codificación universal o regional, y que proporcionan protección especializada.

Para completar el alcance y labor, concretamente, en el sistema interamericano, se resalta, asimismo, cómo tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la CoIDH hacen uso de la interpretación que de todos estos instrumentos hace el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas u otros órganos de tratados de Naciones Unidas, a través de las Observaciones Generales, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia. Hablamos, y reiteramos, que todo ello conforma el mencionado “círculo de protección de los derechos del niño” el cual permite utilizar -por subrayar todo lo referido, y refiriéndonos a nuestra región-, ante los órganos de protección de Derechos Humanos del Sistema Interamericano, todos los marcos jurídicos de protección de derechos de NNyA de los que sea parte el Estado de la región implicado.

B. ABC de la sustracción internacional parental de NNyA

¿Y de dónde partimos, en materia de sustracción? De inicio, con dos tratados internacionales, uno procedente del foro de codificación universal que representa la Conferencia de La Haya

de Derecho Internacional Privado, la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles en materia de sustracción internacional de menores (Convención de La Haya de 1980)³³ y otro tratado, procedente del foro de codificación regional que representa la Organización de Estados Americanos, como es la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989. Ambos instrumentos con un contenido prácticamente idéntico -salvo una cláusula de compatibilidad encomiable establecida en el artículo 34 convención interamericana-, y que, por cuestiones prácticas, y por el número de países que firman la normativa internacional universal frente a la regional, nos referiremos para su explicación a la Convención de La Haya de 1980.

La Convención de La Haya 1980 establece procedimientos para asegurar el retorno inmediato de los menores de 16 años al Estado de su última residencia habitual, trasladados o retenidos ilícitamente por uno de sus progenitores -progenitor sustractor-, en infracción a los derechos de guarda, custodia y/o visitas legítimamente atribuidos o reconocidos del otro progenitor -progenitor perjudicado-. Es importante subrayar que, en el

marco de la sustracción internacional parental, el Interés Superior de NNyA tiene su base en³⁴:

- El derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a visitar al progenitor no conviviente;
- La inmediata restitución para que sea el juez de su última residencia habitual, antes del traslado o retención ilícita, el que decida la cuestión de fondo sobre custodia o visitas, entre otras.

Otro tema es la determinación del traslado o retención ilícita y así se considera que estamos ante un traslado o retención ilícita, según el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980:

1. Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y 2. Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Como se va perfilando, cuando estamos ante la presencia de estos casos, hablamos de sustracciones internacionales parentales de menores.

La Convención de La Haya de 1980 tiene una regla clara, el retorno inmediato, es decir, la restitución inmediata con el objeto de proteger a los menores en su interés superior previendo solo excepciones limitadas para no restituir.

Por lo tanto, tenemos una regla o norma y excepciones “excepcionales”³⁵.

1. Regla. Localizar y restituir inmediatamente al menor a su última residencia habitual y restaurar el status quo anterior a la sustracción tan pronto como sea posible para evitar los efectos dañinos del traslado o retención ilícita, en su interés superior;

2. Excepción. No restituir:

- art 12 (2), cuando se demuestre que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente debido al paso del tiempo. El plazo establecido es de un año y a efectos del cómputo, es el tiempo transcurrido entre la sustracción y la solicitud de restitución en el país de origen —no el tiempo

“• El derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a visitar al progenitor no conviviente;
• La inmediata restitución para que sea el juez de su última residencia habitual, antes del traslado o retención ilícita, el que decida la cuestión de fondo sobre custodia o visitas, entre otras.”

que transcurre hasta que la autoridad judicial o administrativa lo recibe -;

- art 13(1)(a), haya habido consentimiento o aceptación por parte del solicitante de restitución;
- art 13(1)(b), exposición del menor a un peligro grave físico o psíquico o una situación intolerable;
- art 13(2), la objeción del menor según su edad y grado de madurez; y
- art 20, violación de derechos humanos fundamentales.

Por el tema de la celeridad -sin descuidar la debida diligencia-, es importante hacer notar que el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1980, establece que “Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores” y para ello establece un plazo de 6 semanas, 45 días, -60 días calendario, Convenio Interamericano de 1989³⁶ - para llegar a una decisión en los casos de sustracción.

Otro tema importante a considerar son los sectores constitutivos del contenido del DIPr que contempla la Convención de La Haya de 1980, y así tiene un contenido que determina la cooperación entre Autoridades Centrales, jurisdiccionales y/o administrativas y en donde destacamos, por el tema del interés de esta contribución, el retorno voluntario y medidas adecuadas -amigables-, estipuladas en los artículos 7 y 10. Igualmente, entre su contenido, determina claramente la competencia judicial internacional, es decir, cuál es el juez nacional competente internacionalmente, y así dispone que la competencia sobre la restitución corresponde al juez del lugar donde el menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente y la competencia sobre asuntos de fondo, como la

custodia, por ejemplo, corresponde al juez del lugar de su última residencia habitual antes del traslado o retención ilícita.

Como vemos, este es un convenio que data de 1980 y que se ha podido ir actualizando a través de instrumentos de soft law. Un convenio que tiene aún grandes desafíos para la protección debida de NNyA, víctimas de sustracciones. A lo largo de los años de este convenio se han ido sucediendo comisiones especiales para su aplicación práctica en donde destacan diversos temas. Nosotros, por su importancia y acotamiento, nos referiremos a las demoras y a la mediación, lo cual lo vamos a plantear desde su última comisión especial, la octava, y desde la atracción de un asunto de sustracción ante la CoIDH, el caso Córdoba vs. Paraguay.

C. Las demoras en el procedimiento de restitución y la mediación

La Octava Reunión de la Comisión Especial (CE) sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 y del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento,

la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (Convenio de La Haya de 1996), tuvo lugar del 10 al 17 de octubre de 2023. A la reunión asistieron 471 delegados, en persona y en línea, en representación de 66 Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 13 Partes Contratantes no miembros, un Observador de un Estado no miembro, así como Observadores de siete organizaciones intergubernamentales y 19 organizaciones internacionales no gubernamentales, además de miembros de la Oficina Permanente (OP)³⁷.

La CE adoptó 103 Conclusiones y Recomendaciones (C&R)

En la fecha de inicio de la Octava CE, el 10 de octubre de 2023, contábamos con 103 Estados parte del Convenio de La Haya de 1980.

Con estos datos y a partir del Quinto informe estadístico de Nigel Lowe y Victoria Stephens, donde estudian las respuestas de 71 Autoridades Centrales (AACC) en 2021, y de ahí los resultados derivados en 18 meses, es decir, junio de 2023, parece que hemos tenido un déjá vu de otras CE

previas. Es decir, de las estadísticas se desprende que en 2021:

1. el número de NNYA restituidos es menor,
2. el procedimiento se alargó, es decir, las demoras no sólo persistieron, sino que los tiempos se prolongaron,
3. el número de recursos han aumentado, así como,
4. un aumento en el número de alegaciones de la excepción del artículo 13 1 b), por violencia doméstica -una duplicación de dicha alegación- y todo ello sin conocer a ciencia cierta las causas, quizás un abuso de dicha alegación de forma infundada o porque las medidas de protección para asegurar la restitución no son realmente seguras o eficaces.

Como decíamos, los datos desencadenan cuestiones de suma importancia y preocupación que han sido abordadas en anteriores CE³⁸ y, de ahí, el desarrollo de instrumentos de soft law, como las Guías de Buenas Prácticas, los C&R, o la herramienta sobre reconocimiento y ejecución transfronteriza en asuntos de familia con menores (Practitioner's Tool) aprobada en marzo de 2023³⁹.

¿Qué ocurre entonces? ¿Por qué las demoras siguen siendo uno de los

grandes problemas de la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980? ¿Por qué los avances en el interés superior de NNYA no son más evidentes o efectivos? ¿Por qué seguimos con la preocupación de que el daño psicológico infligido a NNYA pueda convertirse en la reiteración de roles, en su vida adulta, a todo efectos anómalos? ¿Por qué no usamos la mediación como un proceso cotidiano? ¿Por qué no implementamos las buenas prácticas ya pergeñadas en diferentes contextos, adaptándolas al tiempo y al espacio concreto, soft law? Y así un número importante de situaciones que presentan más lastre a un quebrantamiento absoluto de la unidad llamada familiar.

1. Demoras en el procedimiento de restitución

Como decimos, en materia de sustracción internacional parental de NNYA aún tenemos muchos pendientes para poder aplicar de manera eficiente, con el debido proceso, diligencia excepcional y celeridad, a través de un procedimiento que tome en cuenta las mejores prácticas en materia de sustracción. Problemas graves que afectan el funcionamiento eficaz del convenio de La Haya de 1980; que dejan sin atender la tutela judicial efectiva en estos casos.

Son varios los flancos o frentes débiles en la materia, pero destacamos, en este momento, un tema que descuidamos o dejamos sin tocar suficientemente, desde la academia, desde la práctica, y es un problema, un flagelo real, para estos casos de sustracción como son las demoras en un procedimiento que exige expeditéz.

Los motivos en las demoras en el procedimiento de restituciones son de diferente naturaleza y calado, y se ubican desde la localización del NNyA trasladado o retenido de manera ilícita, hasta la ejecución de las órdenes de restitución.

Entre los motivos de dichas dilaciones se puede iniciar por la falta de recursos humanos que tienen las AACC designadas, así como las autoridades administrativas/judiciales, como regla general, en cada uno de los Estados parte, un tema que no es menor. Todo ello aunado a la carga de trabajo de los mismos ante la diversidad de temas en materia familiar que tienen que dar curso, por ejemplo, en el caso de las AACC no solo en materia de sustracción, sino en materia de adopción internacional, alimentos, entre otros muchos.

En paralelo a dicha carga de trabajo, encontramos, por ende, la falta de tiempo, aunado a una posible falta de sensibilidad y la visibilidad de la necesidad de la formación constante y especialización⁴⁰ de dichas autoridades y de todos los interlocutores que intervienen en estos casos. Factores muy obvios y conectados de manera cerkana, pero a los que hay que darles su importancia por ser detonantes de las demoras, aunque no son los únicos.

Junto con estas fuentes de demora, en cada fase de los procedimientos, tenemos las siguientes⁴¹:

A. Fase administrativa

- (i) Causas vinculadas a la solicitud de restitución o visitas y al cumplimiento de los requisitos necesarios para que esta esté en condiciones de ser enviada al Estado requerido;
- (ii) Localización de NNyA;
- (iii) Organización interna de la Autoridad Central;
- (iv) Comunicación y cooperación⁴²;

B. Fase judicial

- (i) Falta de un procedimiento especial;
- (ii) Cuestiones administrativas y de organización del tribunal;

(iii) Cuestiones vinculadas a la interpretación del Convenio de 1980 y la capacitación de sus operadores;

C. Fase de mediación, entendiendo que no se recurre a la mediación en todos los casos. Motivos de los retrasos por encontrarse las partes en lugares remotos y falta de financiación. Como medidas adoptadas, tenemos la necesaria visibilidad/formación de este medio apropiado para dirimir diferencias, el uso de videoconferencias y brindar servicio gratuito -a quienes no puedan pagarlo-.

D. Fase de ejecución, en donde los motivos de los retrasos son la falta de colaboración de las partes, de las AA involucradas, ocultamiento del niño y alto costo de la restitución. Las medidas que pueden ser adoptadas varían desde la cooperación, asistencia de la AC al tribunal, plazos cortos y cláusulas de ejecución policial y así lograr el cumplimiento.

Al visualizar las fuentes o motivos de las demoras se permite implementar las acciones necesarias para afrontar las mismas y así buscar las soluciones que van, o pueden ir, por la vía del establecimiento de procedimientos urgentes.

Así las cosas, las bases para plantear y ejecutar un procedimiento adecuado – en donde esté incluido, incardinado, la mediación familiar internacional- lleva implícito:

1. establecer/utilizar instrumentos jurídicos -nacionales, internacionales-, tanto de hard como de soft law, de manera complementaria, incluso;
2. utilizar las redes de cooperación, ya sean de AACC, jueces o de profesores;
3. instaurar concentración de jurisdicciones;
4. promover las comunicaciones judiciales directas;
5. limitar las vías recursivas, con el cuidado debido que amerita este tema;
6. llegar a la información de las herramientas de las que se dispone (desde el informe explicativo del convenio, guías de buenas prácticas –6 para el convenio de La Haya de 1980-, protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños, elaborado por la Oficina Regional Permanente para América Latina y el Caribe de la Conferencia

de La Haya de DIPr -ROLAC-, boletín de los jueces, INCA-DAT, etcétera);

7. formación continua y especializada de todos los interlocutores que participan;
8. la labor de la academia, entre otros.

Es decir, junto con los instrumentos internacionales de *hard law*: Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, el Convenio de La Haya de 1980, o la Convención Interamericana sobre restitución de 1989, tenemos, instrumentos de *soft law* que presentan propuestas para que, con la diligencia excepcional y debida celeridad, se dé cobertura a la protección internacional de NNyA envueltos en estas prácticas y se haga a través de procedimientos que se nutren, se retroalimentan de dichos instrumentos internacionales. Procedimientos que van desde la implementación del retorno en sí mismo, aseguramiento de NNyA y progenitor sustractor o miembro familiar cercano, en la ejecución de una orden de restitución, en el uso -que no abuso- de las excepciones y la práctica de la mediación y que plantearemos extensamente en el numeral 3 de este apartado.

2. Mediación

Las estadísticas mencionadas de los profesores Lowe y Stephens también reflejan que son menos los casos que se resuelven en los tribunales, es decir, el 16% de los casos con retorno voluntario, mientras que el 6% se resolvieron cuando los padres acordaron que el menor permaneciera en el Estado requerido⁴³. También, dentro de las estadísticas, hay preguntas con respuestas indefinidas que entran en la “categoría” de soluciones acordadas. Estamos hablando de restituciones voluntarias, soluciones amistosas y mediación, es decir, estamos hablando del abanico de beneficios de utilizar medios de solución alternativa -o apropiada- de conflictos (MASC) en estos casos de sustracción de menores.

Si bien, las C&R anteriores a la Octava CE han sido muy claras, y con ellas la mediación ha sido acogida muy favorablemente incluso con una Guía de Buenas Prácticas (GBP) sobre Mediación, o la GBP sobre Contacto Transfronterizo, o la recomendación de la Practitioner’s Tool comentada, necesitamos aún más.

Es cierto que existen dudas e inquietudes sobre la mediación y estas son

claras y es necesario ponerlas sobre la mesa: 1. la mediación no debe ser utilizada como un medio para dilatar el procedimiento; 2. la mediación no debe ser utilizada como consentimiento para la restitución del menor; 3. la mediación no debe ser un medio para facilitar la restitución de NNyA y 4. La mediación no debe ser un medio para facilitar la sustracción del NNyA por una de las partes.

Los Documentos de Trabajo 6A y 7 de la Quinta CE, afirman que se fomenta la mediación pero que los servicios de mediación no se ofrecen ampliamente⁴⁴. También destacan, o reiteran, la necesidad de una mediación especializada en los casos de sustracción, con connotaciones culturales y lingüísticas, entre otras, así como la retroalimentación de las experiencias de mediación de los tribunales⁴⁵. Para corroborar la viabilidad de la mediación en estos casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores, durante el tercer día de trabajo de la Octava CE de 2023, se presentaron las experiencias, o modelos, de 3 Estados (Argentina, Australia y Países Bajos) y una Organización (Reunite), que mostraron casos de éxito, a través de procedimientos expeditos y debidos procesos.

La premisa -obvia pero no por ello menos importante- es prevenir la sustracción, como elemento clave o fundamental. Es mejor prevenir la sustracción que buscar la restitución o el retorno voluntario. Pero, cuando el traslado o retención ilícito ya han tenido lugar, la mediación debe convertirse en uno de los asuntos centrales en los casos de sustracción, y no en un “añadido”, algo adicional o tangencial.

Si bien es cierto que no todo se puede mediar, y lo sabemos, lo que también sabemos es que siempre hay que sopesar los pros y los contras, y en los MASC y concretamente en la mediación familiar internacional en casos de sustracción, la balanza se inclina hacia los pros.

Y la razón es básica, la principal herramienta de la mediación es la comunicación y en los casos de familia ésta es la piedra angular que hay que buscar no sólo para prevenir, por ejemplo, casos de sustracción, o buscar una restitución voluntaria, sino para acordar multitud de situaciones que van implícitas para los menores de edad, y sus familias, de por vida. Es crucial buscar a través de la comunicación -y la cooperación-, incluso en los casos más extremos, acuerdos duraderos y

ejecutables. Es decir, el dirimir las diferencias en un proceso de mediación permite: (i) facilitar la comunicación entre las partes; (ii) en un ambiente estructurado pero flexible, voluntario y confidencial; (iii) en una dinámica constructiva; (iv) de manera integral, al poder conectar consideraciones jurídicas y no jurídicas; (v) evitando el escalamiento de las diferencias, en esa etapa temprana, preventiva; (vi) con un costo bajo, tanto económico como emocional y (vii) todo ello aderezado con el mejor valor agregado que pueda tener dirimir o paliar las diferencias, el que el acuerdo realizado por los protagonistas resulta ser, sin lugar a dudas, factible de cumplimiento y duradero en el tiempo, tal y como ya expresamos. En definitiva, es un medio para que la “energía” volcada en estos casos no redunde en la “batalla campal” que se da entre los progenitores y/o el uso de los hijos como “botín de guerra”, sino en concentrarse en el ejercicio de las responsabilidades parentales en forma amigable.

Ningún otro instrumento o herramienta va en la dirección inequívoca del interés superior de NNyA, de evitar daños irreparables/irreversibles a los menores que se ven inmersos en esta situación entre los progenitores; ninguna herramienta se acerca a los

“Es mejor prevenir la sustracción que buscar la restitución o el retorno voluntario. Pero, cuando el traslado o retención ilícito ya han tenido lugar, la mediación debe convertirse en uno de los asuntos centrales en los casos de sustracción...”

beneficios integrales de la mediación. Sabemos que no hay dos casos iguales, que las situaciones son complejas y somos conscientes de los retos, por lo tanto, es necesario saber aplicar las mejores prácticas en materia de mediación. Esto no es una opinión personal, se puede encontrar en el Documento Preliminar 12 dedicado a las demoras, por ejemplo: “32 (...) cada día que el niño permanece sustraído de su lugar de residencia habitual tiene repercusiones para el niño y contribuye a una escalada del conflicto entre los padres, el entorpecimiento del contacto entre el niño y el padre o madre privado del niño (si no se ha cortado por completo) y la integración del niño al lugar en el que se encuentra sustraído.”⁴⁶

Si contextualizamos los avances en América Latina, encontramos que México cuenta con procedimientos administrativos y jurisdiccionales e incluso un proyecto piloto binacional -en proceso- (México/EEUU -con sus Autoridades Centrales-) de mediación en casos de sustracción⁴⁷; Uruguay fue líder de una impactante ley modelo en la materia⁴⁸; Argentina también cuenta con un protocolo de actuación en materia de sustracción e incluso con un proyecto piloto para la implementación de la mediación en casos de sustracción que utiliza la mediación para mejorar la protección internacional de niños, niñas y adolescentes, evitar demoras y dificultades a las familias y promover soluciones amistosas a los conflictos familiares⁴⁹. Como se ha expresado anteriormente, la Octava CE adoptó un total de 103 C&R, pero sólo una de ellas se refiere a la mediación en el marco de los Convenios de 1980 (artículo 7 c)) y 1996 (artículo 31 b)), que reza como sigue: “52. La CE alienta la promoción y la prestación de servicios de mediación en los asuntos de familia transfronterizos y en los casos de sustracción internacional de niños y cuestiones relativas al derecho de visita, si procede. La CE agradece las presentaciones de los Estados y organizaciones y destaca los avances logrados en la

prestación de servicios de mediación en varias jurisdicciones.”⁵⁰

En otras palabras, una hora y media durante el tercer día de sesiones de trabajo de la Octava CE -compartiendo este tiempo con expertos en el importante tema de la reubicación familiar internacional⁵¹, definitivamente no fue suficiente⁵².

Los documentos compartidos para la preparación de la Octava CE sobre el tema de la mediación fueron el Doc. Prel. n. 1 de octubre de 2023, referencia a la mediación sólo en 8 puntos⁵³; Doc. Prel. n. 6A de junio de 2023, respuesta a la pregunta 22⁵⁴ y, Doc. Prel. n. 7 de junio de 2023, respuestas a 4 preguntas sobre mediación⁵⁵. Estos documentos no fueron seguidos o avalados por otro documento de análisis de las respuestas a estos cuestionarios por la OP⁵⁶.

Con todo ello, concluimos que parece no haber estado a la altura de las expectativas: (i) el importante rol de una solución consensuada entre las partes para el presente y futuro de sus hijos; (ii) herramientas de comunicación asertiva con la complementariedad del trabajo con los organismos administrativos y jurisdiccionales, en equipo; y (iii) procurar el bienestar físico y

psicológico de nuestros niños que se vieron envueltos en esta batalla campal entre sus padres.

Si seguimos ignorando el valor de poner en marcha los procesos de mediación y complementación adecuados -siempre en cooperación entre todos los actores- seguiremos sin atender la raíz del problema, que es la falta de atención a nuestro sector más vulnerable: nuestros hijos.

3. Hacia procedimientos de consenso de buenas prácticas

De esta manera, después de lo expuesto, para hacer efectiva la protección de los derechos de NNyA hay que derivar hacia procedimientos que cumplan con estas consideraciones que siempre persiguen el interés superior de nuestros NNyA; debemos atender el contenido de instrumentos que reflejan el consenso de buenas prácticas, y entre ellos se destacan:

(i) *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Parte III- Prevención*⁵⁷, la cual contiene una serie de recomendaciones en un aspecto, ya más que destacado, la prevención, que ha sido

considerado como una de las aspiraciones claves del Convenio de La Haya de 1980. Se pone énfasis en el actuar de los Estados a efectos de evitar que se materialice una sustracción y así, consecuentemente, la eventual restitución del NNyA tras dicha sustracción; es decir, su objetivo es crear un entorno legal y cultural que reduzca el riesgo de sustracción.

(ii) *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Parte IV- Ejecución*⁵⁸, en donde la finalidad de esta guía es la ayuda a los Estados contratantes en la implementación de un sistema eficiente para ejecutar las órdenes de restitución en virtud del Convenio de La Haya para favorecer el interés superior de los niños involucrados. Como ya vimos, se identifican diversos factores que pueden demorar la ejecución de una orden de restitución y para ello plantea medidas para evitar demoras indebidas en la aplicación de la orden de restitución. La orden de ejecución deberá requerir la restitución inmediata del niño, ya que las demoras pueden causarle más daño y confusión al niño (según la edad y grado de madurez y nosotros le agregaríamos según su desarrollo cognitivo

y el estado psicológico) y darle al progenitor sustractor la oportunidad de sustraerlo nuevamente.

(iii) *Buenas Prácticas en virtud del convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores -Parte VI- artículo 13(1)(b)*⁵⁹, que busca promover a nivel global la aplicación apropiada, coherente y uniforme de la excepción de grave riesgo del artículo 13 (1)(b) en el marco del convenio. Una Guía de Buenas Prácticas que fue motivada ante la proliferación de decisiones judiciales que reflejaban una mala práctica en el empleo de una regla excepcional y que va en paralelo con la tendencia de los progenitores de la alegación, por regla general, de violencia doméstica, violencia familiar, violencia intrafamiliar, entre otros, a veces aportando pruebas y otras tantas sin dicho aporte y por tanto socavando la finalidad protectora de NNyA, e incluso de uno de los progenitores, al no garantizar la inmediata restitución de dichos menores para que el juez del lugar de su última residencia habitual antes del traslado o retención ilícita, determine cuestiones de fondo como puede ser guarda, custodia, patria potestad, alimentos, visitas, etcétera.

Si bien hacemos nuestro el objetivo que perfiló una Guía de Buenas Prácticas en torno a dicha excepción, artículo 13.1b), cuya base fundamental es proteger a las víctimas de dicha violencia familiar/doméstica/intrafamiliar y desechar, tras el desahogo de las pruebas, aquellos supuestos ficticios que dejan bajo “sospecha” o “incredulidad” y, por tanto, sin el debido acceso a la justicia, a verdaderas víctimas de este infortunio; tenemos que colocar en la discusión el daño o violencia indirecta que es aquella que se realiza contra el progenitor, u otros miembros de la familia, y que afecta al niño, amén de la violencia directa hacia NNyA lo que constituye, por sí, abuso de dichos menores.

De hecho, porque el tema amerita claridad, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, en su Amparo directo en revisión 523/2022, del 12 de abril de 2023, estableció lineamientos para la valoración de la violencia familiar como una excepción de grave riesgo en los procedimientos de restitución internacional de personas menores de edad y de ahí se expuso que la “excepción de ‘grave riesgo’ no solo se actualiza cuando la persona menor de edad es víctima directa de un daño sino también cuando es testigo de la

violencia ejercida en el seno familiar, porque dichos actos les pueden afectar profundamente en su bienestar y desarrollo emocional y psicológico”. Para ello, y ante el alegato de violencia familiar en una sustracción internacional parental de menores, las autoridades jurisdiccionales deben:

- (a) evaluar si el riesgo es serio, real, actual, directo y está probado; (b) desechar cualquier estereotipo o prejuicio de género; (c) analizar los hechos con sensibilidad sobre las múltiples consecuencias que tiene el género en la vida de las personas; (d) de ser posible, escuchar la opinión de la persona menor de edad y tomarla en consideración para su determinación; (e) priorizar el desahogo de las pruebas periciales en psicología; (f) aplicar los estándares de derechos humanos de las personas que participan en la controversia y, (g) evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta y la neutralidad de la norma .

Este es un precedente de gran importancia porque revoca la sentencia impugnada -en la que se decidió la restitución, sin reconocer la violencia hacia el menor cuando ocurre entre los progenitores- y devolvió el asunto

al Tribunal Colegiado para que emita una nueva decisión conforme lo establecido en este Amparo directo en revisión y si se considera que sí se acredita la excepción de grave riesgo, se revoque la sentencia recurrida y declare la improcedencia de la restitución internacional de dicha persona menor.

(iv) *Buenas Prácticas en virtud del convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores -Parte V- Mediación*⁶⁰. Hay una premisa que quizás, en este momento, no necesita apoyarse en estadísticas concretas, cuando aseveramos que los conflictos, a nivel global y en cualquier ámbito, han incrementado de manera exponencial, pero también podemos expresar que el uso de la mediación u otras soluciones amigables van, por fortuna, en incremento y que con la implementación, divulgación y formación correcta puede ser el medio idóneo para dirimir diferencias⁶¹. La autonomía de las partes toma un lugar protagónico y en la solución de conflictos familiares se hace cada vez más patente, especialmente por el valor agregado que tiene al permear y proteger los derechos de los menores involucrados.

Llegados a este punto, y con todo lo expresado en el apartado anterior, se puede hablar de la utilidad de la mediación concretándose en una serie de puntos básicos colmados de sentido común. Es decir, una mediación familiar internacional en casos de sustracción internacional parental de niñas, niños y adolescentes sirve para:

(a) prevenir, si en una etapa temprana, siendo éste el mejor escenario posible, y ante el quebrantamiento de la relación de pareja, se detecta la idea de abandonar el país con el menor, por parte de uno de sus progenitores. Calificar lo que implicaría este movimiento -decidido de manera unilateral- permitiría visibilizar las consecuencias y, al mismo tiempo, permitiría plantear alternativas amistosas;

(b) restituir voluntariamente al menor, en otra etapa, pero aún incipiente de las desavenencias, o incluso presentar alguna otra alternativa amistosa como puede ser una restitución fundada en el consentimiento de las partes o acuerdo ante tribunal;

(c) acordar y aceptar la reubicación del menor, otro escenario plausible para ir desactivando la confrontación ya iniciada ante una solicitud de

restitución y, con ello, cuidar los derechos de contacto del menor con ambos progenitores, es decir, el contacto transfronterizo;

(d) cooperar en un proceso de restitución, con las herramientas de la propia mediación, tales como la comunicación asertiva y respetuosa, y así colaborar y facilitar el contacto con el progenitor perjudicado o dejado atrás y el menor, y

(e) ejecutar una orden de restitución, en el sentido de ayudar a que la restitución sea rápida y segura para el menor o menores involucrados.

No estamos ajenos a que junto con las bondades o ventajas que representa la mediación familiar internacional en casos de sustracción, existen, asimismo, desventajas, pero éstas no deber ser una razón para evitar el uso de la mediación. Talones de Aquiles hay y, además, están ubicados, tales como cómo se solventa el reconocimiento y ejecución de acuerdos voluntarios transfronterizos, como los pergeñados a través de la mediación familiar internacional, o el uso de estos medios alternativos o apropiados de solución de conflictos como táctica dilatoria en el proceso jurisdiccional y de ahí invocar una excepción para no retornar

como el transcurso del tiempo sin que se priorice el interés superior de la minoridad, tal y como ya expusimos.

Otra cuestión importante es la salvaguarda en la mediación en los supuestos de violencia doméstica. Somos conscientes que el debate está polarizado, quienes están en contra y quienes están a favor. Cada caso, sin lugar a duda, presenta particularidades que ameritan que se analicen de manera individualizada. Con respecto a quienes manifiestan el uso de la mediación en los casos donde existe violencia doméstica, la puntualización más importante consistiría en la formación necesaria para llevarla a cabo, sin poner en riesgo a ninguna persona involucrada en el mismo, es decir, mediadores con experiencia, especialmente formados para mediar en tales circunstancias e, incluso, desde la multi/trans/interdisciplinariedad⁶².

Por otro lado, hay que ser claros ya que no todo es mediable y, por tanto, no todos los conflictos de familia pueden ser resueltos de manera amigable. En definitiva, la Guía de Buenas Prácticas de Mediación tiene un fin y una bondad encomiable, ante la comunicación de por vida que debieran tener las parejas -aun el quebrantamiento de su relación afectiva- cuando tienen

hijos y los acuerdos derivados de la mediación familiar internacional en casos de sustracción. Recordemos que los mediadores/as son facilitadores de la comunicación, que las partes acuerdan por sí mismas y que por esa misma razón, sus acuerdos debieran ser más factibles de cumplimiento y duraderos en el tiempo, con la posibilidad de remediar en casos de la necesidad de actualización. El riesgo que puede presentar la utilización de este medio alternativo o apropiado de solución de diferencias es, de nuevo, el uso y el abuso del mismo con fines diferentes al perfilado, un ejemplo de ello es que transcurra el tiempo sin llegar a ningún “buen puerto” negociado y se pueda alegar la excepción del artículo 12.2 del Convenio de La Haya de 1980, es decir, que por el paso del tiempo se demuestre que el NNYA quedó integrado al nuevo ambiente, el cual es un año desde que se da la sustracción o retención ilícita a la solicitud de restitución por parte del país de origen.

(v) *Séptima Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (10 – 17 de octubre de 2017)*⁶³. Aunque ya tenemos la mencionada Octava CE de 2023, es importante expresar que, en dicha Comisión

“...no todo es mediable y, por tanto, no todos los conflictos de familia pueden ser resueltos de manera amigable.”

Especial, la Séptima, los participantes aprobaron por unanimidad, las nuevas C&R, relacionadas con la problemática de las demoras en los procedimientos en virtud del Convenio de 1980, reconociendo que a nivel mundial siguen siendo un problema grave que afecta el funcionamiento eficaz de dicho Convenio. Alienta a los Estados a examinar sus procedimientos a los efectos de identificar las posibles fuentes de demora e implementar los ajustes que sean necesarios para que la tramitación sea más rápida. El tema lo seguimos teniendo vigente, este es uno de los desafíos que subrayamos y por el que seguimos invocando esfuerzos en la materia.

(vi) *Documentos Preliminares No 10 A y 10 B derivados de la mencionada Séptima Comisión Especial*⁶⁴ y que presentan los procedimientos implementados por los Estados para reducir las demoras y que, igualmente, como acabamos de expresar,

siguen pendientes de visualizarse y de implementarse.

(vii) *Conclusiones y Recomendaciones consolidadas hasta 2017, y en concreto el Documento Preliminar N. 6 de julio de 2017, párrafos 55 al 64*⁶⁵ – concentración de jurisdicciones, obtención y admisión pruebas, entre otros temas vinculados con las demoras y/o la posibilidad de desactivar esta mala práctica.

(viii) *Conclusiones y Recomendaciones resultantes de la Segunda Reunión Interamericana de Autoridades Centrales y Jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya sobre Sustracción Internacional de Niños -Panamá, 29-31 de marzo de 2017*⁶⁶. En dicho documento se reafirma la obligación de los Estados de prever mecanismos, por ejemplo -y si resultaran apropiados-, a través de legislación, procedimientos escritos o protocolos para que la ejecución de las órdenes de restitución sean llevadas a cabo de manera rápida y eficaz; recomendando garantizar el cumplimiento de las órdenes de restitución y evitar demoras.

(ix) *Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de*

niños- *Oficina Regional Permanente para América Latina y el Caribe de la Conferencia de La Haya de DIPr (ROLAC)*⁶⁷, gestado en 2016 con la finalidad de apoyar, desde nuestra oficina regional, el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980, en donde se inicia con un diagnóstico en torno a los desafíos, en general, y de las demoras, en particular, en la aplicación de los convenios por parte de sus diferentes interlocutores -jueces, autoridad central, fiscales, defensores, académicos y abogados-. Se llega a la conclusión de la necesidad de reglamentar un procedimiento aplicable a los Convenios a nivel estatal, pero, mientras se consigue tal fin y/o en paralelo, un protocolo de actuación perfectamente puede orientar a los diferentes funcionarios y así cumplir con la celeridad y diligencia debida. La coordinación de dicho protocolo se volcó en dicha oficina regional, ROLAC, un trabajo realizado consultando, puntualmente, a la Red Nacional de jueces argentina, la Red Internacional de jueces de La Haya, con su líder argentina al frente – Graciela Tagle- y de donde se derivó a un Taller⁶⁸, aprovechando la sinergia de la Red Nacional con la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina para la elaboración del mismo, con un resultado final, el Protocolo al que se hace referencia.

(x) *Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños*⁶⁹, un instrumento más de soft law, y por definición de este y de todos los anteriores, no es vinculante pero que influye en la labor legislativa y en la práctica jurisdiccional, y que nos presenta soluciones con el objetivo de actuar con urgencia, el multimencionado artículo 11 del Convenio de La Haya de 1980 -seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos- y artículo 12 Convención Interamericana de 1989 -sesenta días calendario siguientes a la recepción de oposición-. Dichos plazos responden a la necesidad de establecer medidas de naturaleza cautelar, retorno del NNYA al lugar de su última residencia habitual y que el juez competente decida sobre guarda/custodia. Una Ley Modelo como estándar mínimo para cumplir los objetivos de los Convenios, bajo la obligación de cada Estado de respetar y hacer respetar los tratados (“pacta sunt servanda” Convenio de Viena sobre el Derechos de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, artículo 26). Una Ley Modelo que sirve de base general para la preparación de la legislación interna de cada país, un proceso ejecutivo (recibida la solicitud, se decreta la restitución, se notifica al

sustractor y se adoptan medidas para asegurar su arraigo durante el proceso junto al niño, escucha del niño: si no hay oposición se ordena restitución y si hay oposición con base en la excepción se prueba y se da un solo recurso de apelación ante el tribunal supremo, una buena base para la concentración procesal y de competencia.

En resumidas cuentas, el trabajo que implica el análisis volcado en estos instrumentos, fruto del compromiso e interacción de todos los interlocutores involucrados, desde los organismos internacionales gubernamentales, organismos no gubernamentales, redes, grupos de expertos, académicos, autoridades centrales, judiciales y administrativas, así como practicantes, nos revela la posibilidad real del establecimiento de procedimientos que desactiven demoras, que permitan un verdadero acceso a la justicia, vía judicial o vía extrajudicial, y desactiven este flagelo para los casos de sustracción que no va, precisamente, a favor del multimencionado interés superior del NNyA.

4. Caso Córdoba vs Paraguay⁷⁰

Un caso que ya se puede tildar de emblemático, entre otras razones porque es la primera vez que la CoIDH se

pronuncia sobre el tema de sustracción, es el que le fue presentado por la CIDH, Caso Arnaldo Javier Córdoba y D vs. Paraguay, el llamado Córdoba vs. Paraguay, por decisión de la CoIDH.

La CIDH sometió el 7 de enero de 2022, ante la CoIDH, el Caso Arnaldo Javier Córdoba y D., respecto de Paraguay, referente a la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración a la integridad personal, garantías judiciales, derecho a la familia e interés superior de la niñez, en el marco de un proceso de sustracción internacional.

Los hechos, de manera sucinta, que encuadran este caso, son los siguientes: en febrero de 2004, nació D. en Argentina, hijo de Arnaldo Javier Córdoba, de nacionalidad argentina, y su esposa M.R.G.A. de nacionalidad paraguaya. El bebé D. fue diagnosticado con epilepsia desde los 10 meses, y en enero de 2006, con un año y once meses, fue trasladado por su madre, sin el consentimiento paterno, hacia Paraguay.

Posteriormente, en febrero de 2006, su padre Arnaldo J. Córdoba inició una solicitud de restitución internacional ante la Dirección de Asistencia Judicial Internacional de la Cancillería

de Argentina y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto solicitó la restitución ante la Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia de Paraguay. El Juzgado especializado de primera instancia que conoció el caso hizo la petición, tras varios recursos, el Tribunal de Apelación confirmó integralmente la sentencia al evidenciar que el traslado había sido ilegal, al igual que lo hizo la Corte Suprema. Se solicitó la restitución.

Cuando se convocó a audiencia de restitución para que el niño D. fuera presentado ante la magistratura el 28 de septiembre de 2006, M.R.G.A desapareció con el niño y las autoridades no lo encontraron hasta el 2015. Tras su aparición, y detenida la mamá, la justicia paraguaya dictó medida cautelar de guarda en favor de su tía materna y ordenó un régimen de relacionamiento progresivo entre su padre Arnaldo J. Córdoba, su hijo D. y la familia paterna además del sometimiento del niño a un tratamiento psicológico. En 2017, se decretó la permanencia del niño en Paraguay.

En su Informe de Fondo, de 15 de diciembre de 2020⁷¹, la CIDH observó que las autoridades no evitaron la desaparición de D. y que hubo tiempos en los cuales se desconoce si actuaron para determinar su paradero; y que, al

“...establecimiento de procedimientos que desactiven demoras, que permitan un verdadero acceso a la justicia, vía judicial o vía extrajudicial, y desactiven este flagelo para los casos de sustracción que no va, precisamente, a favor del multimencionado interés superior del NNyA”

ser localizado, el Estado debió facilitar el reencuentro con su padre, implementar un régimen de visitas acorde al interés del niño. Asimismo, el número de relacionamientos ordenados fue reducido, no consta que todos fueran realizados, y no se brindaron alternativas al padre para procurar un acercamiento progresivo, considerando que vivía en Argentina.

Sobre la permanencia de D. en Paraguay, la CIDH no encontró evidencia de que se analizara su efecto sobre los derechos del padre, ni las razones por las cuales resultaba mejor para D. permanecer con una tía y no con su padre. Asimismo, advirtió que la situación jurídica actual de D. resultaba preocupante, ante la ausencia de una

“...la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración a la integridad personal, garantías judiciales, derecho a la familia e interés superior de la niñez, en el marco de un proceso de sustracción internacional.”

sentencia definitiva que sustente su guarda en un análisis integral de la situación, ni medidas para establecer un régimen de relacionamiento efectivo con su padre; afectando su derecho a la identidad.

Finalmente, la Comisión Interamericana concluyó que el Estado paraguayo era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, vida privada, protección a la familia, derechos de la niñez y protección judicial, establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en sus artículos 1.1 y 2, en perjuicio de D. y Arnaldo J. Córdoba.

En este sentido, dicho Informe de Fondo fue notificado al Estado de

Paraguay el 7 de enero de 2021, otorgándole un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. La Comisión concedió cuatro prórrogas con el objetivo de que el Estado pudiera implementar las recomendaciones realizadas por la CIDH en su Informe de Fondo.

El 22 de diciembre de 2021 el Estado solicitó una quinta prórroga. Al evaluar dicha solicitud, la Comisión observó que, en particular, a un año desde la notificación del Informe de Fondo, el plan de revinculación entre D. y su padre, aspecto principal para el señor Córdoba, aún no había dado resultados efectivos. Asimismo, pese a que la Comisión notó los esfuerzos desarrollados por el Estado, las partes no habían logrado llegar a un acuerdo respecto de la reparación pecuniaria. Con base en ello, teniendo en cuenta la necesidad de obtención de justicia y reparación para las víctimas, así como la voluntad expresada por la parte peticionaria, la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana el 7 de enero de 2022.

Con base en lo anteriormente descrito, la Comisión solicitó a la Corte que concluyera y declarara *la responsabilidad internacional del Estado*

de Paraguay por la violación de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, vida privada, protección a la familia, derechos de la niñez y protección judicial, establecidos en los artículos 5, 8, 11, 17, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en sus artículos 1.1 y 2, en perjuicio de D. y Arnaldo Javier Córdoba.

A mayor abundamiento, la Comisión solicitó a la Corte que estableciera las siguientes medidas de reparación:

“1. Reparar integralmente las violaciones de derechos humanos declaradas en el informe tanto en el aspecto material como inmaterial. El Estado deberá adoptar las medidas de compensación económica y satisfacción. Específicamente el Estado deberá pagar las medidas de compensación por las violaciones declaradas en el informe.

2. Adoptar, entre otras medidas, de manera urgente, un plan de relacionamiento entre D y su padre, con un calendario y medidas específicas, que incluyan acompañamiento especializado y los recursos necesarios para los traslados pertinentes.

3. Disponer las medidas necesarias para asegurar que el procedimiento relativo a la sustracción internacional de niñas, niños o adolescentes cumpla con los estándares referidos en el informe. En este sentido, la autoridad competente debe adoptar un protocolo de implementación de procedimiento de restitución internacional que resguarde los derechos de niños, niñas y adolescentes, adecuando la normativa interna, conforme a los estándares interamericanos. En particular, dicha regulación debe asegurar la observancia de los principios rectores en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, con especial atención al principio que resguarda su interés superior, así como al principio de diligencia excepcional y celeridad, como principios rectores del procedimiento, inclusive en la etapa de ejecución de la restitución.

4. Adoptar medidas de capacitación para las autoridades competentes en materia de sustracción internacional, de manera que respeten y garanticen los derechos de niños, niñas y adolescentes, así como a sus padres y madres, o de ser el caso, familiares, en este tipo de procedimientos y dentro de un

*plazo razonable, incluyendo los aspectos relativos a la ejecución de una orden de restitución. Asimismo, capacitar conforme a los estándares contenidos en el informe al personal o profesionales que participen del acompañamiento en materia de relacionamiento*⁷²”.

Además de la necesidad de obtención de justicia, la Comisión destacó que el caso involucra cuestiones de orden público interamericano. El mismo permitiría a la Corte pronunciarse por primera vez respecto de los derechos de la niñez y adolescencia en el marco de procedimientos de restitución internacional; en particular, sobre los estándares interamericanos relativos a la protección especial de niños, niñas y adolescentes en el marco de dichos procesos, a la luz del interés superior de la niñez y adolescencia.

El caso presentó, asimismo, la oportunidad de fijar estándares interamericanos en el marco de la implementación del procedimiento de restitución internacional, desde su inicio hasta la etapa de ejecución de la orden de restitución, dado el multimencionado problema de las demoras en los casos de sustracción, así como los derechos de las madres, padres y familiares en el marco de dichos procesos.

En virtud de que estas cuestiones afectan de manera relevante el orden público interamericano, de conformidad con el artículo 35.1 f) del Reglamento de la Corte Interamericana, la Comisión se permitió ofrecer declaración pericial y así nombró, y la CoIDH aceptó, como perita a quien suscribe estas líneas. Durante la audiencia oral que tuvo lugar en Santiago de Chile, el viernes 28 de abril de 2023, se pudo escuchar a las partes involucradas, testigos y a la perita. Finalmente, el pronunciamiento por parte de la CoIDH se dió el 13 de diciembre de 2023, y así declaró⁷³ .:

Por unanimidad, y por tres votos parcialmente disidentes únicamente relacionados con la violación del artículo 2, con voto dirimente del Presidente, que:

1. *El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la vida privada y familiar, protección a la familia y al cumplimiento de las decisiones judiciales, reconocidos en los artículos 5.1, 11.2, 17 y 25.2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en*

perjuicio del señor Arnaldo Javier Córdoba, en los términos de los párrafos 87 a 114 de la presente Sentencia.

Por unanimidad, que:

2. El Estado no es responsable por la violación del derecho a las garantías judiciales, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Arnaldo Javier Córdoba, en los términos de los párrafos 82 a 86 de la presente Sentencia.

Y Dispone:

Por unanimidad, que:

3. Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

4. El Estado realizará las publicaciones indicadas en los párrafos 128 y 129 de la presente Sentencia⁷⁴.

Por tres votos a favor, tres en contra, con voto dirimente del Presidente, que:

5. El Estado adecuará su ordenamiento interno en los términos del párrafo 134 de la presente Sentencia⁷⁵.

Por unanimidad, que:

6. El Estado deberá establecer una base de datos y crear una red de comunicación, en los términos del párrafo 135 de esta Sentencia⁷⁶.

7. El Estado acreditará la realización de capacitaciones sobre sustracción internacional de niños y niñas y el relacionamiento entre estos últimos y sus padres, en los términos del párrafo 139 de esta Sentencia⁷⁷.

8. El Estado pagará las cantidades fijadas en los párrafos 125, 149, 150, 151 y 157 de la presente Sentencia, por concepto de rehabilitación, indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los párrafos 161 a 166 de la presente Sentencia⁷⁸.

9. El Estado reintegrará a la Corte los gastos asumidos por el Fondo de Asistencia a Víctimas, en los términos del párrafo 160 y 166 de esta Sentencia⁷⁹.

10. Las partes y la Comisión adoptaran todas las medidas

necesarias para garantizar que los apartados pertinentes de los documentos y actuaciones procesales que se refieran a la identidad de D no sean de exposición pública, salvo que él mismo o su representante legal lo autoricen expresamente.

11. El Estado, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendirá al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 129 de la presente Sentencia⁸⁰.

12. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch dieron a conocer su voto conjunto concurrente. El Juez Humberto A. Sierra Porto y las Juezas Nancy Hernández López y Patricia Pérez Goldberg dieron a conocer

su voto conjunto parcialmente disidente⁸¹.

Voto Conjunto Concurrente:

V. Conclusión General

47. Las consideraciones vertidas en este voto nos permiten señalar que la decisión de la mayoría en la sentencia fue acertada al concluir que se violó el artículo 2 de la Convención ante las insuficientes medidas legislativas adoptadas para garantizar los derechos en juego cuando se está ante la presencia de un proceso de restitución internacional. La importancia de proteger a la niñez y la familia -y, por supuesto, a sus miembros- se constituyen como valores que deben ser protegidos a través de una legislación eficaz.

48. De la misma forma, consideramos que estos procedimientos deben realizarse en un plazo razonable. Esta es una obligación transversal a todos los procesos judiciales. Sin embargo, la garantía del plazo razonable tiene una importancia especial cuando se trata de procesos de restitución y, por esta razón, consideramos que el análisis del cumplimiento de las obligaciones en materia de

*protección a la niñez y a la familia, en procesos de restitución debe -y debió, en el presente caso- realizarse de manera conjunta. La práctica internacional y la jurisprudencia de la Corte sustentan esta misma conclusión*⁸².

*Voto Conjunto Parcialmente
Disidente:*

E. Conclusión

55. Atendiendo a lo señalado en este capítulo, quienes disintimos de la decisión adoptada por la mayoría, consideramos que en este caso no resultaba procedente declarar la violación del artículo 2 de la Convención Americana, puesto que, en primer lugar, la observancia de las obligaciones internacionales no debe estar condicionada exclusivamente a la existencia de una legislación específica a nivel interno. Adoptar esta interpretación, desconocería el tenor literal del artículo 2 de la Convención, que se refiere a la adopción de medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención, e implicaría dar cabida a que los Estados se amparen en la falta de una ley concreta

como justificación para el incumplimiento de las obligaciones internacionales establecidas en los tratados. Este enfoque sugeriría que, sin una disposición legal, los Estados podrían eludir responsabilidades internacionales, lo cual contradice el principio de buena fe y cumplimiento de los compromisos adquiridos en el ámbito supranacional. En otras palabras, es esencial reconocer que la obligación de cumplir con los tratados no puede quedar subordinada a la existencia de una normativa interna específica, a fin de garantizar la integridad y eficacia del sistema de derecho internacional.

56. Por otra parte, entendemos que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, para proceder a declarar la violación del artículo 2 de la Convención, es necesario establecer de qué forma la ausencia de normatividad tuvo impacto en un caso y qué tipo de normatividad debía adoptarse en cada caso concreto, lo que no ocurre en la sentencia adoptada.

57. Por último, encontramos que la violación a los derechos convencionales del señor Córdoba es resultado de fallas administrativas y del incumplimiento del deber de diligencia excepcional a

cargo del Estado, que no ubicó a un niño que era atendido por su propio sistema de salud y educación. De modo que, la violación de los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 11.2, 17 y 25.2.c de la Convención Americana no se originó en una falta de adecuación normativa y, en consecuencia, en el caso concreto no era procedente declarar la violación del artículo 2 de la Convención.

58. Por todo lo anterior, quienes disentimos de la determinación adoptada, consideramos que es razonable afirmar que el reconocimiento y ejercicio de los derechos del señor Córdoba estaba respaldado por las disposiciones consagradas en los Tratados sobre Restitución Internacional de niños y niñas. En consecuencia, la legitimidad y salvaguarda de sus derechos se sustentaban de manera razonada en las cláusulas establecidas en dichos tratados, y no era necesaria la adopción de medidas legislativas de carácter adicional para lograr dicho objetivo. En el mismo sentido, consideramos que las violaciones a los derechos del señor Córdoba declaradas en la sentencia, son resultado de la falta de diligencia excepcional y coordinación interinstitucional que le correspondía al Estado.

En definitiva, tenemos una decisión donde el Estado es responsable por la falta de diligencia y celeridad excepcional en el cumplimiento de la orden de restitución internacional de un niño. Una condena a un Estado que se esperaba y en donde, efectivamente, y es nuestro parecer, estamos ante un caso de ejecución de restitución más que de una falta de ley procesal en Paraguay tal y como se deriva del voto concurrente de la CoIDH. El proceso se realizó de manera adecuada, con un plazo razonable, en donde la ejecución, que siempre tiene que verse caso por caso, debió ir acompañada de la interacción, además, con organismos policiales, sanitarios, por ejemplo, tal y como comentaremos en este apartado y en las conclusiones.

El sistema interamericano de derechos humanos debe ser una herramienta útil para estos casos en donde se requiere imprimir una celeridad y diligencia excepcional, dando la protección internacional e integral a los menores de edad. Un caso que inició en 2006 con el traslado ilícito del niño D, cuya petición se le presenta a la CIDH en 2009 y en donde la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la CoIDH en enero de 2022, resolviendo la misma en diciembre 2023⁸³, también invita a una reflexión.

Como un balance muy general, tenemos que la CoIDH no estimó necesario tomar la alegación de la CIDH del artículo 8.1 de la Convención Americana en torno a la garantía judicial y así no estimó necesario pronunciarse sobre los elementos que permite establecer la razonabilidad del plazo y considera que no se ha configurado una violación a dicho artículo (párr. 85). Y así fue, cuando se refiere a plazos razonables y trae a colación el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1980 o la Convención Interamericana, 45 días para la resolución de los casos de sustracción o 60 días calendarios, respectivamente, es decir, plazos reducidos para el trámite de estos casos, estima necesario destacar que, el hecho de que en el caso concreto una duración de ocho meses -desde la solicitud de restitución hasta la sentencia que declara la misma y con ello su orden de ejecución- sea considerada razonable, no indica que este sea un estándar para valorar la duración de este tipo de procedimiento. Sí, en procesos de restitución internacional, se debe evaluar en cada caso concreto la actuación de las autoridades y los periodos de inactividad procesal, conforme al marco jurídico sobre la materia (párr. 86). La falta de diligencia y celeridad excepcional en el cumplimiento de la orden de restitución, y

“...El sistema interamericano de derechos humanos debe ser una herramienta útil para estos casos en donde se requiere imprimir una celeridad y diligencia excepcional, dando la protección internacional e integral a los menores de edad.”

en la adopción de medidas orientadas a construir un vínculo entre padre e hijo, facilitó la consolidación de una situación ilícita, en violación del artículo 25.2 de la Convención Americana (párr. 96 y 97). Es decir, ello demuestra una injerencia arbitraria del Estado paraguayo en la vida privada y familiar del padre y una violación a su derecho a la familia, al no adoptar las medidas necesarias para ubicar el paradero tras la no comparecencia a la audiencia, ni en la construcción de un vínculo entre padre e hijo cuando se conoció el paradero de D.

Por otra parte, la CoIDH se pronunció sobre los agravios del padre al no estimar la violación del artículo 19 de la misma Convención que habría ocurrido en perjuicio de D, quien era menor de edad al momento de los

hechos y quien manifestó, ya con la mayoría de edad, a la Corte su deseo de no ser parte del proceso en sí, al no considerarse víctima en el caso (párr. 15). La Corte, en relación con lo anterior, expresa que “Esta situación, a juicio de este Tribunal, es producto de la demora en el trámite del caso y tiene inevitables impactos en las decisiones que pueda adoptar la Corte en esta Sentencia en relación con la eventual determinación de los derechos que fueron violados, así como en relación con la posibilidad de ordenar eventuales reparaciones y en su efectividad” (párr. 67). Y así es, excluir a quien no se siente víctima, desde el punto de vista procesal es correcto, pero quizás el hecho de no sentirse víctima es una demostración, precisamente, de lo víctima que es D; fue trasladado a Paraguay con un año y 11 meses y vivió ajeno a su padre biológico, es decir, no se siente hijo del Sr. Córdoba, al contrario, lo visualiza como una persona que le está molestando, perturbando. La afectación a la identidad de D, desde su propia negación de víctima, es inevitable. Se puede ser víctima y ello no significa querer realizar una acción contra su victimario.

Igualmente, con respecto a la escucha de D. y la posibilidad de que, en 2017,

con 13 años, o en 2019, con 15 años de edad, con un mayor nivel de autonomía personal para formarse juicio propio, le hubiera permitido ejercer sus derechos de manera progresiva (párr. 68). En definitiva, el mensaje es claro, hay que tramitar con diligencia y celeridad excepcional, sin perjuicio de que el proceso se extienda, y así garantizar que el niño o la niña sea adecuadamente oído y su interés superior garantizado.

La Corte es consciente que el Estado paraguayo no adoptó medidas adecuadas para ejecutar la orden judicial de restitución -no es impredecible, sino preventivo, tomar medidas necesarias para evitar la no comparecencia y el ocultamiento-. Asimismo, la Corte también es consciente que no es razonable que el Estado, durante casi 9 años, no estableciera el paradero de un niño que era atendido por el sistema público de salud y educación. Tampoco que una vez localizado a D., su madre detenida, la guarda fue otorgada a su tía materna, con quien no había mantenido vínculo alguno hasta esa fecha, pese a que había una orden de restitución en firme que ordenaba la entrega a su padre y el traslado a Argentina (párr. 93), por no dejar de mencionar sobre las múltiples irregularidades – e incluimos, nosotros,

aquellas cometidas por las autoridades judiciales en la comunicación con D- que impidieron cumplir el propósito de preparar al niño para la restitución, en torno a la revinculación (párrs. 94 y 105).

La Corte, en torno al artículo 2 de la Convención Americana en la que obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por aquella (párr. 108)⁸⁴ tiene un voto concurrente y otro parcialmente disidente. En el primero, el voto concurrente⁸⁵, mantiene una violación del deber de adecuamiento del derecho interno por ausencia de legislación, recayendo responsabilidad estatal, en donde se subraya un amplio arraigo jurisprudencial (párr. 3) y un voto parcialmente disidente⁸⁶ en donde se argumenta la ausencia de responsabilidad estatal en el cumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Y así lo sostiene, en sus conclusiones, al expresar con respecto al voto concurrente que: “Este enfoque sugeriría que, sin una disposición legal, los Estados podrían eludir responsabilidades internacionales, lo

“Seguimos con el reto de la internacionalización de los derechos humanos y la nacionalización del derecho internacional.”

cual contradice el principio de buena fe y cumplimiento de los compromisos adquiridos en el ámbito supranacional. En otras palabras, es esencial reconocer que la obligación de cumplir con los tratados no puede quedar subordinada a la existencia de una normativa interna específica, a fin de garantizar la integridad y eficacia del sistema de derecho internacional”.

Este fue el punto principal que dividió el entendimiento de los jueces, es decir, si la ausencia de una ley interna por parte del Estado paraguayo violaba el artículo 2 de la Convención Americana. Como adelantamos, el artículo 2 establece el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno y así expresa literalmente que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus

“se puede visibilizar más que como problema eminentemente de ausencia de ley, como un problema de ejecución de una decisión, y la implementación de mecanismos diferentes para su efectividad.”

procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. El voto concurrente, de manera detallada, sustenta que la violación del artículo 2 procedía de un vacío normativo, al no existir una adecuada regulación del proceso de restitución internacional de menores en Paraguay, lo que se tradujo en la ineficacia del procedimiento de restitución del hijo del señor Córdoba. “En nuestro criterio, la obligación de regulación imponía al Estado el deber de adoptar una ley que hiciera efectiva la protección de los derechos de los progenitores y de las niñas y de los niños en un procedimiento de restitución”(párr. 22).

El análisis de este voto permite incluir voces de diferentes especialidades del derecho, basta recordar la interacción

entre el ámbito nacional e internacional de los derechos humanos y la centralidad de la persona humana⁸⁷. Se puede alegar que esta idea incluye la necesidad de que Paraguay adopte medidas legislativas para aplicar los tratados internacionales sobre sustracción internacional parental de NNyA. Básicamente se expresa que la ausencia de normas internas ha creado una violación del artículo 2 al no regular el Estado paraguayo, adecuadamente, la sustracción. Y hay un deber del Estado paraguayo de adaptarse al derecho internacional -acorde a la jurisprudencia tomada por la CoIDH-. Hablamos que la Corte refuerza el establecimiento de estándares normativos que subrayan las obligaciones internacionales. Estas obligaciones no solo se deben dar por acciones sino también por omisiones y éstas últimas contravienen la propia naturaleza de la Convención Americana, es decir, no haciendo lo que determina, violando derechos, en este caso.

Seguimos con el reto de la internacionalización de los derechos humanos y la nacionalización del derecho internacional. Puentes entre el derecho nacional e internacional, en palabras de García Ramírez, las vías de recepción del derecho internacional para su debido cumplimiento en el interior

de los países. Los Estados están obligados a cumplir los convenios internacionales que firman y ratifican, así como a armonizar con la norma interna y no se debe aducir (la falta de) un derecho interno, autónomo o doméstico para no cumplirlos.

Los países tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, igualmente tienen que prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones de dichos derechos, cuando no se cumplen con dichas obligaciones, de manera subsidiaria y complementaria, se activa el sistema interamericano⁸⁸.

Definitivamente, y lamentablemente, no estamos ante una situación aislada; la no adopción de medidas para armonizar y adaptar el ordenamiento jurídico interno viola la Convención -y, por extensión, si se nos permite, las Convenciones-. El control de convencionalidad, instaurado desde nuestra CoIDH⁸⁹, encuentra su aliado no solo en el artículo 1, sino que tiene como punto de partida también el artículo 2 del mismo cuerpo convencional, de la CADH. La congruencia de lo expresado con los casos que la CoIDH ya ha decidido anteriormente permite dar un espaldarazo más a los precedentes o jurisprudencia sobre el

control de convencionalidad, y el caso Córdoba vs. Paraguay lo pone de manifiesto. No es meramente un análisis de normas sino de armonizar, unificar, compatibilizar con el denominado control de convencionalidad.

Es importante señalar que Don Sergio García Ramírez, amigo y colega, jurista reconocido a nivel mundial, a quien dedicamos esta contribución, durante su función como juez -y Presidente- en la CoIDH acuñó el término control convencional⁹⁰ a través de la jurisprudencia que nace en su voto razonado en Myrna Mack Chang vs Guatemala en 2003 para que así en 2006 el pleno de la Corte adoptara el control de convencional en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Si bien todo lo anteriormente apuntado es de vital importancia, y lo corroboramos, el caso Córdoba vs. Paraguay se puede visibilizar más que como problema eminentemente de ausencia de ley, como un problema de ejecución de una decisión, y la implementación de mecanismos diferentes para su efectividad; es decir, poner énfasis en la propia ejecución de la orden de restitución, con mecanismos que difieren de los procesales establecidos, los cuales no se deben dejar al arbitrio y a instancia de la parte que tiene que restituir.

Y ello conecta con el voto parcialmente disidente, el cual subraya que las violaciones hacia el señor Córdoba no es consecuencia de una falta de medidas legislativas – subrayando que la obligación de cumplir con los tratados no puede quedar subordinada a la existencia de una normativa interna específica-, sino de fallas administrativas relacionadas con la falta de diligencia exigible al Estado. Para determinar la existencia de una violación del artículo 2, los jueces con voto disidente señalaron que debería quedar claro cómo habría repercutido esa falta de regulación en el caso concreto y qué tipo de regulación debería haberse adoptado.

El tema es realmente interesante de analizar, en donde pondríamos en la mesa, como hemos venido expresando en esta contribución, la posibilidad de la comparación y la implementación de diferentes instrumentos que apoyarían una mejor práctica en estos casos⁹¹. Ello no obsta para afirmar que siempre nos vamos a tener que ir al caso concreto, en donde la realidad y los tiempos no son demasiado optimistas.

Por cuestiones de espacio no podemos explayarnos más en los detalles que hacen de esta sentencia un gran

precedente para la región. Como perita del caso, dejamos para una próxima publicación un análisis más extenso, siempre necesario. En este momento, la idea de exponerlo, aún de manera sucinta, es darle la publicidad necesaria, hacerlo visible y así subrayar la necesidad de su análisis.

IV. Conclusiones

1. En la actualidad, no podemos iniciar una serie de conclusiones sin la idea, unívoca, de que es fundamental transformar nuestro mundo “comprometidos con el desarrollo sostenible” para buscar y fortalecer la paz universal, y hoy lo hacemos y lo subrayamos a través de la cultura de paz, traducida en los Medios Alternos -o apropiados - de Solución de Conflictos;
2. Aunque no hemos podido incluir, por razones de espacio, la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible, y concretamente el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, coincidimos en subrayar que las acciones siempre deben derivar hacia la prevención de la violencia, fortalecimiento de las instituciones y de ahí el acceso a la justicia, en donde se visualicen sociedades justas e inclusivas;

3. Desde el DIPr, prodigamos estas premisas y las conectamos, en esta oportunidad, con una nueva terminología globalizadora, familiar internacional;

4. Todas las referencias conceptuales de familias ponen de relieve los nuevos desafíos globales, muy especialmente desde el DIPr, y con ello lo que se expone es la necesidad de su visibilidad para poder atender -legalmente- situaciones que se van dando de manera cotidiana;

5. En esa tónica, planteamos en esta contribución la situación en la que se encuentran las familias, y sus hijos menores, víctimas de una situación de sustracción y la falta de un verdadero acceso a la justicia, la falta de una verdadera tutela judicial efectiva. Ya Séneca nos lo dijo, una justicia lenta no es justicia;

6. La Convención de La Haya de 1980 sobre sustracción tiene una regla clara, el retorno inmediato, es decir, la restitución inmediata con el objeto de proteger a los menores en su interés superior previendo solo excepciones limitadas para no restituir;

7. Hablamos de una normativa internacional gestada en otro contexto temporal, en concreto estamos ante

“la prevención de la violencia, fortalecimiento de las instituciones y de ahí el acceso a la justicia, en donde se visualicen sociedades justas e inclusivas.”

un convenio que data de 1980 y que se ha podido ir actualizando a través de instrumentos de soft law. Un convenio que tiene aún grandes desafíos para la protección debida de NNyA víctimas de sustracciones. A lo largo de los años de este convenio se han ido sucediendo comisiones especiales para su aplicación práctica en donde destacan diversos temas. Nosotros, por su importancia y acotamiento, nos referimos a las demoras y a la mediación, planteado principalmente desde su última comisión especial, la octava, y desde la atracción de un asunto de sustracción ante la CoIDH, el caso Córdoba vs. Paraguay;

8. Las estadísticas, mencionadas en el cuerpo de esta contribución, de los profesores Lowe y Stephens reflejan que son menos los casos que se resuelven en los tribunales -¿fracaso de la sede jurisdiccional? o ¿transición a una sede no jurisdiccional?

- Nosotros nos inclinamos hacia el trabajo cooperativo, entre distintos interlocutores, que utilicen de manera complementaria instrumentos de diferente naturaleza, dando un seguimiento serio, como la materia amerita, hasta la resolución final siempre en el interés superior de las y los hijos y de lo que lleva aparejado como ente familiar;

9. El caso Córdoba vs. Paraguay se perfilaba como un parteaguas para responder a una multitud de situaciones que afectan una mala práctica, un mal manejo de los procedimientos de sustracción internacional parental de NNyA. Sin lugar a duda, la decisión de la CoIDH tiene un gran valor al ser traída a consideración la restitución/sustracción, pero en donde no fueron abordados muchos temas complicados. Hay quienes estiman que la CoIDH se tomó la licencia de resolver un caso en donde la persona sustraída ya había cumplido la mayoría de edad y no tomarlo como un tema de sobreseimiento, pero la verdad es que el abrir la posibilidad del análisis de la temática es una gran oportunidad, aún sin cumplir la celeridad que la propia Corte anota – tanto la CIDH como la CoIDH no actuaron con la rapidez que demandan-. Quizás la decisión de la CoIDH es más generadora de debates que de criterios;

10. Se condena a un país, Paraguay, prácticamente por la falta de una ley procesal lo cual no impidió que el proceso, en sí mismo, tuviera un plazo razonable -aun yendo más allá de las 6 semanas establecidas desde la normativa convencional-, y no se detiene en subrayar la importancia de la cooperación, colaboración, entre organismos/instituciones diversas --v.gr. policial, sanitario- o complementarios -instrumentos de soft law, v.gr. Guías de buenas prácticas de prevención/ejecución/mediación-- que permitan la ejecución de la restitución establecida ante una Corte. Condenar por una anomia, conllevaría condenar a una infinidad de Estados que incurren en la misma situación. Subrayamos que los Estados están obligados a cumplir los convenios internacionales que firman y ratifican, así como a armonizar con la norma interna. En definitiva, estamos ante la reafirmación del mencionado control de convencionalidad que la propia CoIDH acuñó;

11. Esperamos que esta condena en el caso Córdoba vs Paraguay, que tiene connotaciones morales, tenga un impacto “rebote” para el tema de la ejecución, desde el análisis del derecho internacional, ya sea más cercano al público o más cercano al privado o de los derechos humanos; un tema

más administrativo que jurisdiccional, o incluso un tema más político que jurídico porque sabemos que no es muy “redituable” poner énfasis en la infancia. Recordemos que durante 9 años el niño D. estuvo en el sistema educativo y sanitario, no estuvo realmente escondido; un menor que está inmerso en la sociedad deja “rastros”;

12. El tema de la implementación de una ley procesal puede verse más como una recomendación general para que los Estados tengan un proceso pero, si es por recomendar, también es recomendable que los Estados tengan suficientes recursos materiales y humanos, por ejemplo. Diferenciamos entre lo recomendable y el deber ser. Es más, y no es una contradicción a todo lo relatado, sabiendo del alto nivel intelectual de nuestra Honorable CoIDH, la lectura de los diferentes votos está sumando, reforzando el control de convencionalidad y puntualizando qué tipo de ley, su contenido, a través de qué instrumento -si vinculante o no vinculante- y sobre todo en qué grado afectó al caso concreto en el supuesto de una ausencia de una ley -porque no se alega normas procesales paraguayas contradictorias-. En realidad, ¿estamos ante la solicitud de una ley procesal que lo que afectaría son los 8 meses transcurridos desde el

“...para responder a una multitud de situaciones que afectan una mala práctica, un mal manejo de los procedimientos de sustracción internacional parental de NNyA.”

traslado ilícito y la orden de ejecución -calificado como plazo razonable- y no los 16 años desde que se dio el traslado ilícito hasta la decisión de la CoIDH?;

13. Los instrumentos de soft law, no vinculantes, pero con una alta influencia en el quehacer de los legisladores y la aplicación de los juzgadores, es más útil que la rigidez de una norma, al menos en una medida de ejecución. Se ajustan a una realidad, a una situación personal, pero siendo categóricos, firmes, por parte de los órganos jurisdiccionales, es decir, jueces de familia que no deben, tampoco, esperar la buena voluntad de la parte demandada porque no la habrá, perdió el caso y el rechazo está presente. Subrayamos, y ahí viene de nuevo nuestra “cuña publicitaria”, las bondades de los acuerdos voluntarios en donde las partes cumplan aquello

que por sí mismas lograron, además desde la privacidad y confidencialidad de un proceso de mediación familiar internacional;

14. De esta manera, después de lo expuesto, para hacer efectiva la protección de los derechos de la infancia hay que derivar hacia procedimientos que cumplan con estas consideraciones que siempre persiguen el interés superior de NNyA. Debemos atender el contenido de instrumentos que reflejan el consenso de buenas prácticas y prueba de ello la hemos dejado manifiesta a lo largo de esta contribución;

15. En definitiva, hablamos de implementar todo aquello que vaya de manera, indubitada, en el interés superior del NNyA involucrado en un seno familiar internacional, con más desafíos que nunca, y que concretamos con las sustracciones internacional parentales

de NNyA, en donde hay que promocionar un verdadero acceso a la justicia, la adecuada para cada caso concreto, pero en donde invitamos a poner en marcha, de manera seria y coincidente, aquella que permite colocar la comunicación familiar en el centro de una solución no solo viable y factible de cumplimiento, sino con celeridad y con la debida diligencia que estos temas ameritan. Es decir, promocionar las buenas prácticas relativas a la formación especializada para la sustracción, en general, y para la mediación internacional en materia de familia, en particular, y en donde tiene cabida, una vez más, la asistencia necesaria para reconocer y ejecutar los acuerdos de mediación en los sistemas jurídicos pertinentes. Evitemos daños irreparables para toda la vida del NNyA y de la familia.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigadora Titular C del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM). Nivel PRIDE D. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, CONAHCyT, Nivel III. Perita ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Córdoba vs. Paraguay. Consultora externa de Derecho Internacional Privado de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana. Mediadora Privada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Participa en Comisiones Especiales y Grupos de Expertos en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Vicepresidenta de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, (AMEDIP). Miembros de diversas asociaciones como por ejemplo la Academia Mexicana de Ciencias (AMC), la International Academy of Comparative Law (IACL) o la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Visitante Académica en Stanford Law School 2012-2106; 2017-2018 y 2024-2025. Reconocimiento Distinción Universidad Nacional para Jóvenes Académicos en Investigación en Ciencias Sociales, 2008. Premio Sor Juana Inés de la Cruz, 2020. Reconocimiento al Mérito Universitario, UNAM, 2022. orcid.org/0000-0001-5139-0772 Email: nuria.gonzalez68@gmail.com

² González Martín, Nuria, “Globalización familiar: Nuevas estructuras para su estudio” en Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Venezuela, 2019, pp. 649-678.

³ Hacker, D., *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization*, Cambridge University Press, U.K., 2017, p. 317. Agradezco a Daphna Hacker su inspiración, todo un honor conocerla en su conferencia titulada “Global Economic Inequalities Through the Familial Lens” en Stanford Law School el 7 de febrero de 2018, donde se hizo, igualmente, la presentación del libro referido arriba y referente indubitado e inspirador para este y subsecuentes artículos.

⁴ Aquella en la que cada esposo/a, compañero/a, puede nacer y crecer en diferentes Estados o naciones.

⁵ Aquellas que se mueven, en conjunto o en parte, a otro Estado o nación.

⁶ Aquella, por ejemplo, producto de la reproducción asistida, creadas por los gametos o los servicios de embarazo en el extranjero.

⁷ Aquellas en las que uno o más miembros de la familia son atendidos por un trabajador migrante remunerado.

⁸ Precisamente porque esta contribución aterriza en un tema de máxima actualidad e importancia, las sustracciones internacionales parentales de niñas, niños y adolescentes, y en donde el tema de la residencia habitual es un tema complejo que amerita un estudio pormenorizado, aconsejamos la lectura de Celis Aguilar, María Mayela, *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, doctrinal y crítico del Convenio de La Haya de 1980. Aspectos clave y soluciones a los problemas de aplicación*, Madrid, Dykinson-Universidad Panamericana, 2023, especialmente el capítulo quinto referido a “Selección de problemas relacionados con la residencia habitual del menor”, pp. 255-334.

⁹ Estos datos, más que cifras puntuales, tienen la vocación de representar diversas situaciones que enfrenta el mundo; no colocamos fuente concreta porque, como decimos, varían en el tiempo y en el espacio y han sido sacadas de diferentes notas periodísticas que hemos estado

recolectando a través de los años. Que el mundo ha cambiado, no cabe duda, que lo que nos resta por ver es diferente, va más allá de lo previsible, también.

¹⁰ Kritzman-Amir, T., “Iterations of the Family: Parents, Children and Mixed-Status Families”, *Minneapolis Journal International Law*, Vol. 24, 2015, p. 257.

¹¹ González Martín, Nuria “, “Globalización familiar: Nuevas estructuras para su estudio” en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón ... op cit supra*, pp. 649-678.

¹² Bustamante, Juan José, “Perpetuating Split-Household Families. The Case of Mexican Sojourners in Mid-Michigan and their Transnational Fatherhood Practices”, *Migraciones Internacionales*, Vol. 4, Núm. 1, Julio-Diciembre 2007; Schamus, Gunther and Bould, Sally, “Equivalence Scales and the Cost of Children: The Case of Household Splits in Denmark, France, Germany and the United Kingdom”, *Schmollers Jahrbuch*, 2011; Fan, Cindy C., “Housholding and Split Households: Examples and Stories of Asian Migrants to Cities”, *Cities*, 2021.

¹³ Stoilova, Mariya; Roseneil, Sasha; Carter, Julia; Duncan, Simon and Phillips, Miranda, “Constructions, Reconstructions and Deconstructions of “Family” amongst People who Live Apart Together (LATs)”, *The British Journal of Sociology*, 2017, Vol. 68, Issue 1; Jäneen, Tsui-o Tai and Hewitt, Belinda, “Do Co-residence and Intentions Make a Difference? Relationship Satisfaction in Married, Cohabiting, and Living Apart Together Couples in Four Countries”, *Demographic Research*, July-December 2014, Vol. 31, pp. 71-104; Qiu, Shuang, “Chinese ‘Study Mothers’ in Living Apart Together (LAT) Relationships: Educational Migration, Family Practices, and Gender Roles”, *Sociological Research Online*, Septiembre 2019, <https://www.researchgate.net/publication/335587893>; van der Wiel, R., Mulder, C. H., & Bailey, A. , *Pathways to commitment in living-apart-together relationships in the Netherlands: A study on satisfaction, alternatives, investments and social support. Advances in Life Course Research*, 2018, 36, 13-22. <https://doi.org/10.1016/j.alcr.2018.03.001>; Cris Beauchemin, Jocelyn Nappa, Bruno Schoumaker, Pau Baizan, Amparo González-Ferrer, Kim Caarls and Valentina Mazzucato, “Reunifying Versus Living Apart Together Across Borders: A Comparative Analysis of sub-Saharan Migration to Europe”, *The International Migration Review*, Vol. 49, No. 1 (Spring 2015), pp. 173-199; Jenny de Jong Gierveld, “Remarriage, Unmarried Cohabitation, Living Apart Together: Partner Relationships Following Bereavement or Divorce”, *Journal of Marriage and Family* , Feb., 2004, Vol. 66, No. 1 (Feb., 2004), pp. 236-243.

¹⁴ Hacker, D, *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization ... op cit supra*, p. 5.

¹⁵ Raiti, G.C., “Mobile Intimacy: Theories on the Economics of Emotion with Examples from Asia,” *Journal of Media and Culture*, 10(1) (2007), available at: <http://journal.media-culture.org.au/0703/02-raiti.php>.

¹⁶ Srijbosch, J y Fonlets, M.C., *Relations familiales interculturelles*, 2000.

¹⁷ Plummer, K., *Intimate Citizenship, Private Decision and Public Dialogue*, Seattle, University of Washington Press, 2001.

¹⁸ Hacemos notar que como una estrategia de ciudadanía de segunda clase, algunos Estados, intentando minimizar la ciudadanía conyugal, crean una forma de ciudadanía de segunda clase que excluye el derecho a la reunificación familiar. En torno al derecho de la reagrupación familiar, en contextos como el español, véase Diago Diago, M. Pilar, I, “La reagrupación

familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la ‘pareja de hecho’ en la enésima modificación de la Ley 4/200”, RDMEEx, n° 26 (2011, 1er cuatrimestre), pp. 11-26; Fresneda Sierra, J., “Dificultades existentes en los procesos de reunificación familiar”, en VII Jornadas: orientación familiar. Inmigración y familia: nuevos retos profesionales, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2001, pp. 81-89; Moya Escudero, Mercedes, “El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería”, La Ley, n° 4982 (1 de febrero de 2000), pp. 1-8.

¹⁹ Como decimos, aquellos matrimonios contraídos no por amor y con el fin de obtener un beneficio personal o un propósito estratégico como puede ser el matrimonio político. “Matrimonios que se han celebrado «por conveniencia» (los motivos a nadie le importan, y menos al derecho matrimonial, cada uno se casa por los motivos que quiere y allá cada uno con su conciencia) sino que estos matrimonios son realmente simulados, celebrados normalmente, entre extranjeros y nacionales, o entre extranjeros. Son «matrimonios» en los que no concurre un verdadero «consentimiento matrimonial» ... no son «verdaderos matrimonios» sino negocios jurídicos simulados o «matrimonios meramente aparentes». Calvo Caravaca, Alfonso Luís y Carrascosa González, J., “Matrimonios de complacencia y derecho internacional privado”, en Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Castellanos Ruíz, Esperanza (dirs.), El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales, Madrid, Colex, 2003, p. 121.

²⁰ Markee, T., “A Call for Cultural Understanding in the Creation, Interpretation and Application of Law. Is the United States Meeting the Needs of Russian Immigrant ‘Mail-Order Brides’”, California Western International Law Journal, Vol. 31, Núm. 2, Spring, 2001.

²¹ Kawaguchi, D. and Lee, S., “Brides for Sale: Cross-Border Marriages and Female Immigration”, Economic Inquiry, Vol. 55, 2017, pp. 633-654.

²² Marson, A.A., “Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements”, Stanford Law Review, Vol. 49, 1997, pp. 887 y ss.

²³ “Keen to Leave your Rich Husband? Come to London, Divorce Capital for the World” The Guardian, U.S. Edition or “Where to Split”, comparison between England/New York, The Economist.

²⁴ En este tema, y tal y como podemos ver en las páginas siguientes, a veces, las diferencias son tan sutiles que, aún queriendo hacer distinción entre las diferentes “modalidades”, solicitamos que se tomen las vertidas en este apartado, con generosidad y clemencia. Literatura al respecto, por ejemplo, véase Kang, T., “New Media, Expectant Motherhood, and Transnational Families: Power and Resistance in Birth Tourism from Taiwan to the United States”, Media, Culture & Society, Vol. I, Núm. 6, 2018, p. 1...

²⁵ Sobre el tema, véase, por ejemplo: Albornoz, María Mercedes (Ed.), La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado, México, IJ-UNAM-CIDE, 2020; González Martín, Nuria (Ed.) Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2021 o Pérez Fuentes, Gisela María (Ed.), Nuevas tendencias jurídicas en la gestación por sustitución, Tirant lo Blanch, México, 2023, entre otros.

²⁶ En el contexto de los Estados Unidos de América, en donde nace el término, se define como “un niño nacido de una madre no ciudadana en un país que otorga la ciudadanía automática a los niños nacidos en su tierra, especialmente un niño nacido de padres que buscan

obtener la ciudadanía eventual para ellos mismos y, a menudo, para otros miembros de su familia”. Preston, J. “Anchor Baby: A Term Redefined as a Slur”. *The New York Times* (8 de diciembre, 2011), sec. U.S. https://www.nytimes.com/2011/12/09/us/anchor-baby-a-term-redefined-as-aslur.html?_r=2

^{27.} Igualmente, en el contexto de los Estados Unidos de América, por el impacto de esta “modalidad”, el turismo de nacimiento se caracteriza porque “Las personas [mujeres] que están con una visa de turismo o sin permiso [ingresan al país y solicitan que] a sus hijos se les da la ciudadanía por nacimiento de forma automática”, BBC 2018. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-46036615>

^{28.} La situación geográfica de México con respecto al cruce de menores no acompañados procedentes del triángulo centroamericano –Northern Triangle of Central America-, es decir, Guatemala, Honduras y El Salvador, es más que singular y compleja. Derivamos a la lectura puntual de Chavez, L.M., Chavez, T.V., Todd, A.G., Brown, E., Pérez-Bustillo, C., “The Need to Open Doors and Hearts: The Detention of Unaccompanied Minors Seeking Asylum in the United States and Mexico”, *University Dayton L. Rev.* Vol. 42, 2017, pp. 359 y ss. Wynne, M.J., “Treating Unaccompanied Children Like Children: A Call for the Due Process Right to Counsel for Unaccompanied Minors Placed in Removal Proceedings”, *Elon Law Review*, Vol. 9, 2017, PP. 431 y ss; Cabedo Mallo, V., (Coord.), *La situación de menores inmigrantes no acompañados: su protección e integración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; Sánchez Estrada, J., “Hacia una política migratoria con perspectiva de derechos humanos. Una mirada crítica a los derechos de niñas y niños migrantes no acompañados”, *Alegatos*, Núm. 86, enero-abril 2014; Sanjurjo Rivo, V.A., “La detención de menores inmigrantes no acompañados en la experiencia de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 31, Núm. 93, Septiembre-Diciembre 2011.

^{29.} En ese sentido, traemos la tesis aislada ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO. “(...) debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3, página 1723. Tesis Aislada* <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004630>

^{30.} Corte IDH: OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, párr. 24, 25 y 53.

^{31.} Cardona, Jorge, “La interpretación del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos: los derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema interamericano” en Pérez-Prat Durbán, Luis y Cortés Martín, José Manuel (Coords.), *Un mundo en continua mutación: desafíos desde el derecho internacional y el derecho de la UE. Liber Amicorum Lucia Millán Moro, Aranzadi*, 2022, pp. 105-122, especialmente pp. 112 y ss.

^{32.} No solo su artículo 3, relativo al interés superior del menor, sino el artículo 17: “Los Estados Parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.”

³³ A octubre de 2023 son 103 los Estados firmantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>

³⁴ El Interés Superior del Menor (ISM), en materia de sustracción internacional parental de menores se basa -con el cuidado debido que se debe tener porque estamos ante un concepto jurídico indeterminado que se define caso por caso- en la pronta restitución del menor a su residencia habitual. Un principio, el ISM, que deberá ponderarse de acuerdo con las excepciones previstas en los artículos 12 y 13 y 20 del Convenio de La Haya de 1980.

³⁵ González Martín, Nuria, “International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview”, *Family Law Quarterly*, vol. 48, Issue 2, Summer 2014, pp. 319-350; González Martín, Nuria, “Non-Exceptional Exceptions: The latest on The United State of America and Mexico Supreme Courts’ Hague Abduction Decisions (Lozano and Direct Amparo under Revision 903/2014)” *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 19, 2015, 23-33 pp.

³⁶ Artículo 12: “(...) Dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial o administrativa dictará la resolución correspondiente.” <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>

³⁷ <https://assets.hcch.net/docs/8941c6be-709c-4994-950b-b142906e8afa.pdf> (consultado: Octubre 28, 2023)

³⁸ A modo de ejemplo, en el tema de demoras, tenemos: “60 La Comisión Especial reconoce que a nivel mundial las demoras siguen siendo un problema grave que afecta el funcionamiento eficaz del Convenio. Comisión Especial de 2017 C&R 3 61 La Comisión Especial reconoce que algunos Estados han logrado disminuir las demoras y alienta a los Estados a examinar sus procedimientos (cuando proceda, en la etapa de la Autoridad Central y en las etapas judicial, de ejecución y mediación o de resolución alternativa de controversias), a los efectos de identificar las posibles fuentes de demora e implementar los ajustes que sean necesarios para que la tramitación sea más rápida, en consonancia con los artículos 2 y 11 del Convenio. Comisión Especial 2017 C&R 4. Doc. Prel. N.º 1 de octubre de 2022 puntos 51-61. <https://assets.hcch.net/docs/e5ca93cd-dc12-4157-bf09-9c0c3d1b41c6.pdf>. Véase, asimismo, en el tema de las demoras Doc. Prel. N.º 7 de junio de 2023, respuestas a las preguntas 7-12, pp. 103-142. <https://assets.hcch.net/docs/c269681c-778a-4453-9316-9bbb767fb32.pdf>. Así como la Guía de Buenas Prácticas Convenio sobre Sustracción de Niños: Parte I- Prácticas de las Autoridades Centrales y la Guía de Buenas Prácticas Convenio sobre Sustracción de Niños: Parte II – Medidas de aplicación, y el Doc. Prel. N.º 12 de agosto de 2023. Demoras en los procedimientos de restitución de niños en virtud del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980. <https://assets.hcch.net/docs/6ef6b161-241e-4e56-beff-0233d1f91a7e.pdf> En este documento, los objetivos son: 1. Analizar las respuestas de los Estados al Cuestionario de enero de 2023 sobre el Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980 – 2. Examinar los plazos de tramitación derivados del análisis estadístico de las solicitudes presentadas en 2021 en virtud del Convenio de 1980, en comparación con los resultados de los análisis estadísticos anteriores – 3. Reevaluar los problemas y desafíos que implican las demoras en los procedimientos – 4. Sugerir Conclusiones y Recomendaciones para consideración de la CE de 2023.

Documentos adicionales, véase las versiones revisadas de los Doc. Prel. N.º 10, 10 B y 10 C, en los que se aborda el problema de las demoras y se recogen las herramientas desarrolladas sobre el tema por la HCCH y los procedimientos implementados por algunos Estados para reducir las demoras. Constituyen herramienta de consulta para las Autoridades de los Estados que deben llevar adelante la revisión de sus medidas de implementación, ya que describen los procedimientos adoptados por algunos Estados para reducir las demoras y brindan las mejores prácticas. Disponible en el sitio web de la HCCH, www.hcch.net, “Sección Sustracción de Niños”, luego “Comisiones Especiales”, luego “Séptima reunión de la Comisión Especial (2017)”. Promedio de la duración total de los casos (por días) 2008 (188); 2015 (164); 2021 (207). Statistical Analysis of Applications Made in 2021 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspect of International Child Abduction, Part I -Global Report, Niguel Lowe y Victoria Stephens, Doc. Prel. N. 19A de septiembre de 2023, Disponible en el sitio web de la HCCH, www.hcch.net, “Sección Sustracción de Niños”, luego “Comisiones Especiales”, luego “Séptima reunión de la Comisión Especial (2017)”. <https://assets.hcch.net/docs/bf685eaa-91f2-412a-bb19-e39f80df262a.pdf>

³⁹. <https://assets.hcch.net/docs/333f37cc-28c9-4b6a-864a-8c335101592c.pdf>

⁴⁰. Este factor es determinante porque se necesita un manejo fino y detallado para afrontar los supuestos que incurrir en el DIPr y en el Derecho Internacional de los derechos humanos: competencia judicial internacional, derecho aplicable -nacional y extranjero-, conocimiento de una terminología compleja -desde el propio interés superior del menor, traslado o retención ilícita, residencia habitual, custodia, etcétera-, la regla para restitución y excepciones para no retornar, aseguramiento del menor y regreso seguro y hasta el sentido de la cooperación entre las autoridades administrativas y judiciales en esta materia

⁴¹. Doc. Prel. N.º 12 de agosto de 2023. Demoras en los procedimientos de restitución de niños en virtud del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980. <https://assets.hcch.net/docs/6ef6b161-241e-4e56-beff-0233d1f91a7e.pdf>. De los 46 Estados que brindaron respuesta al cuestionario, solo 8 respondieron a la pregunta relativa a la fase administrativa y las causas de demoras identificadas; 17 respondieron a la pregunta relativa a la fase judicial; 2 respondieron a la pregunta relativa a la fase de mediación y otros Estados informaron sobre la forma en la que llevan la mediación o los procedimientos de resolución alternativa de controversias y 13 respondieron a la pregunta relativa a la fase de ejecución.

⁴². Lineamientos prácticos o guías de actuación para que cumplan las Autoridades Centrales con sus obligaciones.

⁴³. <https://assets.hcch.net/docs/4bf80282-9625-44fc-ac89-f9ad93780b21.pdf>

⁴⁴. Doc. Prel. No 6A: <https://assets.hcch.net/docs/4bf80282-9625-44fc-ac89-f9ad93780b21.pdf>

Doc. Prel. No 7: <https://assets.hcch.net/docs/c269681c-778a-4453-9316-9bbbf767fb32.pdf>

⁴⁵. Idem.

⁴⁶. Prel. Doc. No 12 of August 2023 - Delays in return process under the 1980 Child Abduction Convention (consulted: October 28, 2023)

⁴⁷. González Martín, Nuria “Capítulo 8. Medios alternativos de resolución de disputas. A. La mediación en los procesos de restitución internacional de niños” en Tenorio Godínez, Lázaro;

Rubaja, Nieve y Castro, Florencia (Coords.), Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica, México, Porrúa, 2017, pp. 461-517.

⁴⁸ Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños o, entre otros, el Protocolo de Actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños- Oficina Regional Permanente para América Latina y el Caribe de la Conferencia de La Haya de DIPr (ROLAC).

⁴⁹ <https://actualidadjuridicaonline.com/wp-content/uploads/2020/08/ADJ-0.944220001598454346-1.pdf> (consulted: October 20, 2023)

⁵⁰ <https://assets.hcch.net/docs/8941c6be-709c-4994-950b-b142906e8afa.pdf> (consulted: November 22, 2023)

⁵¹ Info. Doc. No 9 of October 2023 - Study by Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia (AIJUDEFa). <https://assets.hcch.net/docs/869f42cf-2fb1-4b7d-af32-fa36b-9c07be3.pdf> Desde AIJUDEFa, se preguntan: ¿Si los procesos de relocalización internacional de menores podrían actuar como un elemento de prevención frente al aumento constante de las sustracciones y retenciones internacionales si dichos procesos tuvieran un procedimiento especial, ágil y con pautas claras? (consultado: Octubre 12, 2023)

⁵² Si bien es cierto, en el Perfil del País, en donde hay posibilidad de preguntar sobre la manera de operar/proceder frente a dicha normativa convencional, la CE de 2023, en su C&R 51 expresó “La CE celebra la revisión del Perfil de País para el Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980 e invita a la OP a ultimar la redacción y realizar modificaciones en el texto para reflejar los comentarios recibidos durante la reunión de la CE”, y así se ha hecho, a través del Prel. Doc. No 18 REV of January 2024 Revised Country Profile for the 1980 Child Abduction Convention (track changes version) / (clean version). De los cambios resaltados vemos que en el apartado relativo a las solicitudes de acceso/contacto, refieren el artículo 7, soluciones amigables, e incluyen -cuando preguntan sobre los servicios ofrecidos por la Autoridad Central a los solicitantes-, la asistencia para obtener asesoramiento jurídico privado o servicios de mediación, cuando sean necesarios en el Estado. Igualmente, pareciera que, en el apartado dedicado a la mediación, re-direccionaron cuestiones al apartado siguiente, “otras formas de solución alternativa de disputas”. Nos queda la gran duda de si esta revisión, en concreto, afectaría en positivo, con mejores respuestas por parte de los países y, por ende, poner más énfasis en el valor y la necesidad de priorizar, en una gran parte de los casos, en resolver a través de mediación u otros medios alternos de solución de conflictos.

⁵³ Doc. Prel. No 1: <https://assets.hcch.net/docs/e5ca93cd-dc12-4157-bf09-9c0c3d1b41c6.pdf>

⁵⁴ Doc. Prel. No 6A: <https://assets.hcch.net/docs/79105a67-45d6-47ed-8ca5-2de-f687cf130.pdf> (consultado: 20 noviembre 2023). Respuesta a la pregunta 22, pp.104-108.
- La AC provee de información relevante que pueda facilitarles, desde una fase temprana, la búsqueda de la mejor solución para el hijo menor en materia de custodia, contacto y residencia; lo que se puede lograr con un proceso judicial y cómo dicho proceso puede afectar al niño; al menos si no la prevención de la propia sustracción, si bajar el impacto que tiene la falta de comunicación y que no escale el nivel de conflicto y acordar en temas torales;
- La AC no participa en la mediación en casos de restitución, pero

facilita que las partes lo hagan siempre que la mediación sea paralela a la resolución expedita de la solicitud de restitución y no se retrase no sea un motivo de dilación, de demora;

- La AC participa y fomenta la educación de las partes involucradas sobre los beneficios y la adquisición de habilidades particulares para la mediación transfronteriza (v.gr. tanto para llegar a un acuerdo de retorno voluntario como acuerdos en torno a las condiciones de la restitución, arreglos de crianza en casos de retorno o no retorno);
- La AC y los jueces en turno reconocen que la propuesta mediadora de la HCCH se debe formular de manera cuidadosa para que sea congruente con la viabilidad de las condiciones para el regreso (y nosotros agregaríamos, viabilidad del reconocimiento y ejecución de dichos acuerdos voluntarios transfronterizos).
- La AC solo lo atiende si es un asunto sujeto a mediación, se pondría en contacto con el demandado para llegar a una solución amistosa (el subrayado es nuestro)- respuesta de Uruguay- y aquí, quizás podríamos encontrar el debate si se refiere a asuntos en donde haya violencia doméstica y su posible inclusión en la mediación;

⁵⁵ Doc. Prel. No. 7: <https://assets.hcch.net/docs/c269681c-778a-4453-9316-9bbb767fb32.pdf> (consultado: 20 noviembre 2023). Respuestas a las preguntas 18-21, pp. 166-182. Un promedio de 35/40 países – y entre ellos 10/13 países de Latinoamérica – contestaron las preguntas en los tres documentos citados – es decir, 1, 6A y 7-. Sus respuestas fueron vagas, quizás porque estuvieron reiteradas y no fueron planteadas de manera muy clara. La AC ofrece un espacio para reunirse, cuando así lo solicita el progenitor perjudicado, y alienta a las partes a intentar llegar a un acuerdo voluntario- respuesta de Argentina, Doc. Prel. No. 7-. La AC durante la correspondencia inicial con las partes, señala expresamente la posibilidad de un retorno voluntario para evitar el procedimiento y así aprovechar la oportunidad para devolver voluntariamente al menor al país de residencia habitual- Respuesta de Australia, Doc. Prel. No. 7, respuestas a las preguntas 18-21, pp. 166-182-, es decir, hablamos del fomento del retorno voluntario- respuestas de Bélgica, Canadá, China, Francia, Honduras, etcétera, Doc. Prel. No. 7- y, además, garantizar que la mediación no cause demoras indebidas y que los resultados obtenidos puedan incorporarse directamente a la orden judicial -respuesta de Alemania, Doc. Prel. No. 7, respuestas a las preguntas 18-21, p. 170. La AC en casos de mediación, la negociación no incluye cuestiones de fondo, las cuales necesariamente deberán resolverse en el Estado de residencia habitual del niño -respuesta de Uruguay, Doc. Prel. No. 7, respuestas a las preguntas 18-21, pp. 166-182-.

⁵⁶ Somos conscientes del esfuerzo requerido antes, durante y después de una Comisión Especial y valoramos el trabajo encomiable de la Oficina Permanente, dado lo limitado de los recursos humanos de los que disponen. El comentario con respecto a la falta de un documento que analizara las respuestas está lejos de criticar su talento y esfuerzo, solo subrayar lo importante que sería disponer de uno de esta naturaleza.

⁵⁷ <https://assets.hcch.net/docs/04e14dc3-14a7-4d40-965b-1655124489b0.pdf>

⁵⁸ <https://assets.hcch.net/docs/0ee87b01-cfcb-40be-a988-836eb074fbfd.pdf>

⁵⁹ <https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf>

⁶⁰ <https://assets.hcch.net/docs/b9315187-a07c-4f4f-a6c4-f764701bd80a.pdf>

⁶¹ Insertamos aquí un comentario-porque no ha habido la oportunidad aún- con relación

a la propagación, intercultural, de la mediación. La Conferencia de La Haya de DIPr, ha promovido una actividad importante a través del llamado Proceso de Malta. Un diálogo entre jueces y funcionarios de diferentes Estados, en el que se incluyeron aquellos países cuyas leyes se basan, o están influenciados, en la Shariá, poniendo en acción la búsqueda de soluciones a conflictos transfronterizos que están relacionados con guarda, contactos y sustracción. Hasta la fecha son 4 las conferencias que ya tuvieron lugar a través del Proceso de Malta desde 2004 y destaca, de manera significativa, la tercera conferencia de 2009 en donde a raíz de una recomendación, el Consejo General de Asuntos Políticos solicitó establecer un grupo de trabajo para promover el desarrollo de estructuras de mediación y así ayudar a resolver litigios transfronterizos. De ahí derivaron los Principios de Malta y el compromiso, de algunos Estados, de aplicar los mismos. La inercia, actividad y éxito del grupo de trabajo se ha mantenido con diversas velocidades, digamos, por diferentes razones y de ahí que, a través de la C&R 96 derivada de la Octava CE de 2023, en donde la CE apoyó la continuación del Proceso de Malta, incluyendo el grupo de trabajo en mediación, la OP emprendió gestiones preliminares para la preparación de la Quinta Conferencia de Malta sobre Protección Transfronteriza de Niños y Derecho de Familia (Malta V), que se celebrará en Malta del 24 al 27 de septiembre de 2024. Capitalizar lo que el Proceso de Malta nos puede enseñar es crucial.

⁶² González Martín, Nuria, “Mediación ante el ‘grave riesgo’ en la sustracción internacional parental de menores” en Álvarez, Silvina; Quicios, Susana (Directoras) El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 255-274.

⁶³ <https://assets.hcch.net/docs/b50c61b7-50a2-495c-b004-36e9000646df.pdf>

⁶⁴ Doc. Prel. No 10 A de agosto de 2017 - Demoras en los procedimientos de restitución <https://assets.hcch.net/docs/c5c578e4-f8b1-4fc2-b8a9-05a7a3709b45.pdf>

Prel. Doc. No 10 A REV of July 2023 - Delays in the Return Process. <https://assets.hcch.net/docs/ba9140dc-a9c5-48de-9d8e-69ea66c8dae6.pdf>

Doc. No 10 B of August 2017 - Delays in the operation of the 1980 Child Abduction Convention – a compilation of existing resources <https://assets.hcch.net/docs/549fe2d2-e127-49ab-b226-6637b9c3f831.pdf>

⁶⁵ Doc. Prel. No 6 de julio 2017 - Tabla de Conclusiones y Recomendaciones de las Reuniones anteriores de la Comisión Especial (CE) sobre el Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños y el Convenio de 1996 sobre Protección de Niños (1989 (1ª CE), 1993 (2ª CE), CE 1997 (3ª CE), CE 2001 (4ª CE), CE 2002 (continuación CE), CE 2006 (5ª CE), CE 2011-CE 2012 (6ª CE)) <https://assets.hcch.net/docs/750ac1e5-9709-4d98-b5b3-f7f75639f135.pdf>

⁶⁶ <https://assets.hcch.net/docs/0d3d6bd5-1574-4dc6-90fb-7c93950d7199.pdf>

⁶⁷ <https://www.cnaj.gov.ar/cnaj/docs/nacionalConvSustraccion.pdf>

⁶⁸ En torno a los diferentes Talleres y Seminarios que Argentina ha tenido desde 2011 para jueces de la Red Nacional y los jueces de familia y funcionarios judiciales, así como los más recientes realizados entre 2021 y 2022, véase la extraordinaria obra que se realizó a raíz de estos dos últimos años enunciados: Graciela Tagle de Ferreyra (Dir.) y Tomás Dillon y Stella García Vigo (Coords.) Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y Régimen de

Comunicación o contacto internacional. Aspectos prácticos desde una mirada nacional e internacional, Argentina, Asociación de Juezas de la Argentina, 2023.

⁶⁹: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/04/LEY-MODELO-SOBRE-NORMAS-PROCESALES-PARA-LA-APLICACION-DE-LOS-CONVENIOS-SOBRE-SUSTRACCION-INTERNACIONAL-DE-NIÑOS.pdf>

⁷⁰: El caso fue remitido por la Comisión Interamericana bajo el nombre “Arnaldo Javier Córdoba y D”. Así, la tramitación ante la Corte se empezó a llevar como “Córdoba y otro Vs. Paraguay”. Sin embargo, debido a la manifestación hecha por D durante el trámite de este caso, por decisión del pleno de la Corte, la presente Sentencia se emite con el nombre “Córdoba Vs. Paraguay”. https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_95_2023.pdf
El texto íntegro de la sentencia: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_505_esp.pdf

⁷¹: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/py_13.399_es.pdf

⁷²: Ibidem, pp. 37 y 38.

⁷³: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_505_esp.pdf

⁷⁴: Ibidem, pp. 36 y 37: Medidas de satisfacción: “128. La Corte dispone, como lo ha hecho en otros casos, que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un medio de comunicación de amplia circulación nacional en un tamaño de letra legible y adecuado, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en el sitio web del Ministerio de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. 129. También, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la Sentencia, el Estado deberá dar publicidad a la Sentencia de la Corte en las cuentas de redes sociales del Ministerio de la Niñez y la Adolescencia y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. La publicación deberá indicar que la Corte Interamericana ha emitido Sentencia en el presente caso declarando la responsabilidad internacional de Paraguay y deberá indicar el enlace en el cual se puede acceder de manera directa al texto completo de la sentencia. Esta publicación deberá realizarse por al menos cinco veces, en un horario hábil, así como permanecer publicada en los perfiles de las redes sociales. El Estado deberá informar de manera inmediata a este Tribunal una vez proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independiente del plazo de un año para presentar su primer informe, dispuesto en el punto resolutivo 11 de la presente Sentencia.”

⁷⁵: “134. Por otra parte, la Corte nota que el proyecto de ley al que hizo referencia el Estado fue presentado en 2019 y no ha sido aprobado por el Congreso. Por esa razón, considera necesario ordenar al Estado que, en un plazo razonable, adecue su ordenamiento jurídico interno, mediante la aprobación del mencionado proyecto de ley o de un proyecto de ley de contenido similar, que incorpore lo preceptuado por tratados internacionales y los estándares establecidos en esta sentencia (supra párrs. 79, 88, 92, 99 a 102). Para ello, podrá guiarse por la “Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños” y por el anexo al Protocolo Iberoamericano de Cooperación Judicial

Internacional sobre “Sustracción Internacional de Niños” de la Cumbre Judicial Interamericana. El Estado deberá informar a la Corte en el plazo de un año, sobre las acciones implementadas para promover la aprobación del mencionado proyecto de ley y su incorporación al ordenamiento jurídico interno.”

^{76.} “135. Además, el Estado deberá, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia, (i) establecer una base de datos que permita cruzar información sobre niños y niñas involucrados en procesos de restitución internacional, que contenga la información de todos los sistemas públicos de registro de personas, que incluyen, pero no se limitan a: los sistemas de seguridad social, educación, salud y centros de acogida, entre otros, y (ii) crear una red de comunicación sobre niños y niñas involucrados en procesos de restitución internacional, que permita procesar los registros de niños y niñas cuyo paradero se desconoce y el envío de alertas sobre la búsqueda de niños y niñas a las instituciones involucradas en su atención. Tanto la base de datos como la red de comunicación deberán tener la capacidad de emitir informes detallados, según requerimiento de las autoridades competentes, en los casos en los que, en el marco de un proceso de restitución internacional, se desconozca el paradero de un niño o niña cuya restitución se encuentre en trámite o haya sido ordenada por la autoridad competente.”

^{77.} “139. La Corte constata que el Estado informó sobre la implementación de capacitaciones en asuntos relacionados con la sustracción internacional de niños y niñas y el relacionamiento entre estos últimos y sus progenitores. Por esa razón, solicitará al Estado que, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, acredite las capacitaciones implementadas que hayan sido dirigidas a operadores de justicia involucrados en los procesos de restitución internacional de niños y niñas y a funcionarios del Ministerio de la Niñez y la Adolescencia, referidas a asuntos relacionados con la sustracción internacional de niños y niñas y al relacionamiento entre estos últimos y sus padres. El Estado deberá especificar a qué funcionarios fueron dirigidas dichas capacitaciones, el número de personas que efectivamente participaron, y si se trata de un programa de capacitación permanente.” P. 39

^{78.} Modalidad de cumplimiento de lo pagos ordenados: “161. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones ordenadas por concepto de rehabilitación, daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos establecidos en la presente Sentencia, directamente a las personas indicadas en esta, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo. En caso de que los beneficiarios fallezcan antes de que le sean entregadas las indemnizaciones respectivas, estas se efectuarán directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable. “pp. 42 y 43. En definitiva, La CoIDH dispuso de un pago en torno al 10% de lo solicitado inicialmente por los representantes.

^{79.} “160. A la luz lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte Interamericana sobre el funcionamiento del Fondo, en razón de las violaciones declaradas en la presente Sentencia, y dado que se cumplió con los requisitos para acogerse al Fondo, la Corte ordena al Estado el reintegro a dicho Fondo de la suma de USD \$4.744,00 (cuatro mil setecientos cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de los gastos necesarios realizados. Dicha cantidad debe ser reintegrada en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación del presente fallo”.

“166. En caso de que el Estado incurriera en mora, incluyendo en el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en la República del Paraguay. “pp. 42 y 43.

^{80.} “129. También, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la Sentencia, el Estado deberá dar publicidad a la Sentencia de la Corte en las cuentas de redes sociales del Ministerio de la Niñez y la Adolescencia y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. La publicación deberá indicar que la Corte Interamericana ha emitido Sentencia en el presente caso declarando la responsabilidad internacional de Paraguay y deberá indicar el enlace en el cual se puede acceder de manera directa al texto completo de la sentencia. Esta publicación deberá realizarse por al menos cinco”, pp. 36 y 37.

^{81.} https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_95_2023.pdf

^{82.} https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_ferrer_mudrovitsch_483_esp.docx

^{83.} La CoIDH deliberó la sentencia -publicada el 13 de diciembre de 2023-, de forma virtual durante el 25 de agosto de 2023 y de forma presencial el 29 de agosto y 4 de septiembre de 2023.

^{84.} En esta decisión de la CoIDH, la jueza argentina Verónica Gómez no votó en el caso. Ante el empate de 3 jueces con un voto concurrente y 3 jueces con voto parcialmente disidente, prevaleció la posición adoptada por el presidente de la Corte, Ricardo C. Pérez Manrique -voto concurrente-, un criterio de desempate inédito, dada la composición actual de la Corte.

^{85.} Voto Concurrente de los jueces Ricardo C. Pérez Manrique (Uruguay), Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México) y Rodrigo Mudrovitsch (Brasil). Caso Córdoba vs. Paraguay.

^{86.} Voto parcialmente disidente del juez Humberto A. Sierra Porto (Colombia) y de las juezas Nancy Hernández López (Costa Rica) y Patricia Pérez Goldberg (Chile). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Córdoba vs. Paraguay.

^{87.} González Martín, Nuria, Derechos de las víctimas desde el bloque constitucional y el control convencional en el trabajo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, CNDH, 2020, pp. 13-17.

^{88.} Morales Sánchez, Julieta “Sergio García Ramírez y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 1 de febrero de 2024. <https://www.revistaabogacia.com/sergio-garcia-ramirez-y-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>

^{89.} Cuando hablamos de control convencional y de acuerdo con la jurisprudencia de la CoIDH, es: una herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia. Un control convencional que tiene las siguientes características: 1. Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Convención Americana, la jurisprudencia de la CoIDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; 2. Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; 3. Para efectos de determinar la compatibilidad con la Convención Americana no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino también la jurisprudencia de la CoIDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; 4. Es un control que

debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública y 5. Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la Convención Americana o bien su interpretación conforme a la Convención Americana, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. González Martín, Nuria, *Derechos de las víctimas desde el bloque constitucional y el control convencional en el trabajo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ... op cit supra*, pp. 22 y 23, así como Ibáñez Rivas, Juana María, "Control de convencionalidad" en *Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, Núm. 1, México, CNDH, pp. 51-80.

⁹⁰ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 6 ed., Porrúa-UNAM, 2023; García Ramírez, Sergio, *Control jurisdiccional de convencionalidad*, México, Porrúa-UNAM, 2023.

⁹¹ Sobre la utilidad de la comparación y las fases del análisis comparativo, véase González Martín, Nuria, "Punto de partida: utilidad y fases del derecho comparado" en González Martín, Nuria (Coord.) *La incorporación del derecho comparado a la enseñanza e investigación del derecho internacional privado*, Serie Estudios Jurídicos, núm. 397. México, UNAM-IIJ, 2023, pp. 1-12. Y en donde conectamos, por lo que acabamos de subrayar, tener en mente la puesta en marcha de los instrumentos de soft law que hemos acompañado en esta contribución (apartado 3).

Sobre el autor

Nuria González Martín



Nuria González Martín es Doctora en Derecho Internacional Privado, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigadora Titular “C” Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (1996-Presente). Durante 12 años (2006-2018) Directora del Boletín Mexicano de Derecho Comparado, posteriormente Coordinadora de Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, con gran impacto de su sub-serie “Emergencia sanitaria por COVID-19. Investigadora Nacional, Nivel III. Asesora Externa ad honorem Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana. Mediadora Certificada por Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Participa en Comisiones Especiales y Grupos de Expertos tanto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) como del Servicio Social Internacional (ISS) en Holanda y Suiza, respectivamente, además de participar en Grupos de Trabajo, destacando por su área de expertise, con la Office of the Attorney General, California Department of Justice.

Profesora en universidades nacionales e internacionales. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias (AMC), miembro de la International Academy of Comparative Law (IACL), entre otras instituciones y asociaciones académicas. Autora de 23 libros propia autoría/coautoría, 45 libros coordinados/editados y/o compilados y más de dos centenares de artículos en revistas de excelencia nacionales e internacionales. Académica visitante Stanford Law School, California (2012-2016 y 2018). En 2015 la nominan JAMS Fellowship, Fundación más destacada de Mediación en los Estados Unidos. A partir de 2018 es Senior Weinstein Fellow de la Weinstein International Foundation (WIF). Entre sus galardones: Premio Altamirano 2002. Reconocimiento Distinción Universidad Nacional para Jóvenes Académicos en Investigación Ciencias Sociales 2008. Reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz 2020.

Sumario

I. *Introducción;*

II. *Libre determinación de los pueblos y derechos humanos en los años 1940;*

III. *3. La Conferencia de Bandung y el encuentro con los derechos humanos;*

IV. *Primer artículo de los Pactos: el derecho a la libre determinación de los pueblos;*

V. *Consideraciones finales.*



**João Henrique
Ribeiro Roriz¹**

El tercer mundo y los derechos humanos: Bandung y la descolonización

1. Introducción

Actualmente se está llevando a cabo una “lucha por el alma del movimiento de derechos humanos” y el campo donde tiene lugar esta batalla es la historia.² Con estas palabras, el jurista de derecho internacional Philip Alston describió las disputas recientes sobre las trayectorias de los derechos humanos. Para él, las interpretaciones divergentes sobre los tiempos (y espacios, podríamos agregar) de surgimiento de los derechos humanos revelan una competencia no solo sobre cuándo surgieron, sino también sobre su contenido normativo. Después de todo, localizar el pasado de los derechos humanos es actuar sobre su contenido en el presente, es nombrar su “alma”, en palabras de Alston.

¿Son los derechos humanos el resultado de cambios culturales y de comportamiento provocados por las

revoluciones liberales de los Estados Unidos y Francia en el siglo XVIII, como sugiere Lynn Hunt?³ ¿O su conexión es aún más antigua y se remonta al pensamiento escolástico medieval de los derechos naturales y la libertad, como defiende Annabel Brett?⁴ Hay incluso quienes relacionan con tiempos más recientes la noción que empleamos de derechos humanos actualmente. Para Jenny Martínez, su carácter transnacional se conecta con el movimiento contra el tráfico de esclavos y el abolicionismo del siglo XIX.⁵ Por su parte, Mary Ann Glendon señala en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) el momento inaugural.⁶ Samuel Moyn es tal vez el nombre más conocido de una historiografía reciente que identifica la década de 1970 como el momento en que los derechos humanos surgen como un lenguaje utópico capaz de acción más allá de las fronteras nacionales.⁷

Estas historias compiten entre sí en la historiografía y, en general, se interesan por contar la historia y no una historia de los derechos humanos. Sin embargo, “no puede haber una historia singular, ningún origen unitario de los derechos humanos porque los derechos humanos no son una cosa única”, opina Susan Marks en una obra que rescata un uso más radical de la idea.⁸ Pensar que en momentos diferentes, derechos específicos fueron enfatizados, como la libertad, la propiedad, los derechos laborales, los civiles o los culturales, entre otros, significa reconocer múltiples orígenes dependiendo de qué derechos se quieren enfatizar, así como qué discursos, actores y agendas se quieren valorar. Singularizar una historia única no solo excluye muchos derechos, sino que también invisibiliza a pueblos y luchas que enmarcaron sus demandas a partir de los derechos humanos. Así, este texto parte de una corriente crítica de la historia del derecho internacional menos preocupada por encontrar orígenes únicos o narrativas encadenadas por una supuesta evolución. Los derechos humanos forman parte de vocabularios utilizados en diversas luchas, en muchos tiempos y lugares diferentes.

Otra premisa que asumo es que volver al pasado es una elección que se

hace a partir y con consecuencias para el presente. Volver al pasado del derecho internacional es, como enseña George Galindo, permitir “la construcción de diferentes alternativas posibles para la organización jurídica internacional del presente y del futuro al tener en cuenta una necesaria rendición de cuentas debida a las generaciones pasadas”.⁹ En el oficio del jurista de derecho internacional, el entrelazamiento de los tiempos le proporciona la posibilidad de rescatar interpretaciones anteriores tanto para vislumbrar nuevas posibilidades como para comprender las construcciones argumentativas de luchas políticas.

Este texto propone un retorno a una historia poco recordada de los derechos humanos, un momento de encuentro con el llamado tercer mundo. Mi objetivo es analizar cómo este vocabulario normativo fue reinventado por representantes de países africanos y asiáticos durante las décadas de 1950 y 1960 en el contexto de descolonización. Argumento que la formación de los derechos humanos tiene una fuerte relación con la lucha y el pensamiento anticolonial. Destaco dos momentos en los que esta relación queda clara. Primero, en la Conferencia de Bandung de 1955, evento señalado como el nacimiento del tercer mundo como movimiento



político. Segundo, en la formación de un derecho a la libre determinación de los pueblos como un derecho humano, una construcción hecha por africanos y asiáticos en el transcurso de la década de 1950 y que resulta en los artículos primeros de los Pactos Internacionales de derechos humanos adoptados en 1966.

La expresión “tercer mundo” se utiliza aquí tanto en referencia al grupo que se autodenominaba así en la década de 1950, como para calificar un enfoque específico del derecho internacional. La expresión fue empleada por parte de intelectuales, profesionales y representantes diplomáticos principalmente de Estados africanos y asiáticos como forma de singularizarlos en diferencia a los bloques capitalista y socialista durante la guerra fría. Más recientemente, la expresión es rescatada por académicos que se autodenominan *Third World Approaches to*

“...como la libertad, la propiedad, los derechos laborales, los civiles o los culturales, entre otros, significa reconocer múltiples orígenes dependiendo de qué derechos se quieren enfatizar, así como qué discursos, actores y agendas se quieren valorar.”

International Law (TWAIL). Mientras red de estudiosos y profesionales del derecho internacional, sus miembros tienen percepciones, métodos y preocupaciones diversas, pero comparten un compromiso político con los pueblos oprimidos del sur global. Entre sus objetos de estudio tienen destaque la historia, la colonización y la desigualdad de los pueblos. Académicos de *TWAIL* destacan cómo el derecho

“Volver al pasado del derecho internacional es, como enseña George Galindo, permitir “la construcción de diferentes alternativas posibles para la organización jurídica internacional del presente y del futuro al tener en cuenta una necesaria rendición de cuentas debida a las generaciones pasadas.””

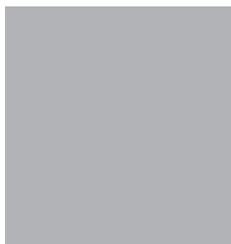
internacional se forma a partir de la empresa colonial y buscan otras formas de involucrarlo como instrumento de resistencia.¹⁰ Sus reflexiones son cruciales para mis objetivos en este texto.

Hay muchos textos que analizan el involucramiento de países del tercer mundo en documentos de derechos humanos antes de los años 1950. Para quedarse con el ejemplo de América Latina, los derechos humanos formaron parte de los arreglos políticos de integración en la década de 1940,¹¹ además de la contribución de personalidades específicas, como el chileno Hernán Santa-Cruz en relación con

los derechos sociales en la Declaración Universal.¹² Sin embargo, estas no fueron iniciativas del tercer mundo como un movimiento político en sí. En los años 1950, hubo un esfuerzo político propio con una interpretación singular sobre los derechos humanos como un lenguaje político que podría significar otras agendas no occidentales.

2. Libre determinación de los pueblos y derechos humanos en los años 1940

Además de crear la principal organización internacional después de la Segunda Guerra Mundial, la Carta de las Naciones Unidas enumeró normas y principios que regulan la política y el derecho internacional. Se sabe que la Carta fue escrita a partir de preocupaciones de seguridad que garantizaron privilegios a los vencedores del conflicto, en detrimento de cuestiones democráticas y normativas. Pocos análisis destacan su contexto colonial. Según un analista, el cálculo hecho por Lenin en 1914 seguía siendo correcto a finales de la década de 1940: más de la mitad de la población mundial vivía en colonias.¹³ Juntas, las colonias cubrían tres cuartas partes del territorio mundial. Los documentos



fundacionales de la ONU, incluida la Carta y posteriormente la Declaración Universal, fueron redactados por un grupo de países que en el transcurso de las décadas posteriores se va convirtiendo en minoritario ante la descolonización de África y Asia.

Durante las negociaciones para el fin de la Segunda Guerra Mundial, la idea de libre determinación fue reforzada con los discursos anticolonialistas de los nuevos centros de poder, Washington y Moscú. La Carta del Atlántico de 1941, elaborada por Franklin Roosevelt y Winston Churchill, se refirió al principio como un criterio general a aplicar en posibles alteraciones territoriales. Dos de los principios en ese documento afirmaron: “Primero, sus países [signatarios de la Carta del Atlántico] no buscan enriquecimiento, territorial u otro, y segundo, no desean cambios territoriales que no estén de acuerdo con los deseos

“...evento señalado como el nacimiento del tercer mundo como movimiento político.”

libremente expresados de los pueblos en cuestión”.¹⁴ Los primeros reconocimientos multilaterales de la noción de libre determinación ocurrieron cuando veintiséis países del grupo de los Aliados se adhirieron a la “Declaración de las Naciones Unidas” en 1942 y en la Tercera Conferencia de Cancilleres Americanos, celebrada en Río de Janeiro en 1942: en ambas ocasiones, se brindó apoyo y adhesión a la Carta del Atlántico de 1941. Cuando surgió la posibilidad de que el principio se extendiera a cuestiones coloniales, Churchill se inquietó: en un discurso en el parlamento británico, afirmó que el principio debería restringirse a los pueblos europeos

“...formación de un derecho a la libre determinación de los pueblos como un derecho humano.”

que sufrieron la ocupación nazi y no se aplicaba a los pueblos coloniales, como la India y Birmania.¹⁵ No se hizo ninguna mención a la libre determinación en el documento de Dumbarton Oaks de 1944.

Existía el riesgo de que la libre determinación no se incluyera en el documento que crearía la organización internacional después de la Segunda Guerra Mundial. Por insistencia de la delegación soviética, con el apoyo de otros países como los latinoamericanos, la cuestión volvió a la mesa de negociaciones. En el Comité I de la Comisión I en la Conferencia de San Francisco se aprobó la versión oficial del artículo 1(2) de la Carta de las Naciones Unidas, con la resistencia de algunas delegaciones. Así, a diferencia de lo que ocurrió en el Pacto de la Sociedad de Naciones, la libre determinación se menciona expresamente en el texto de la Carta, en dos disposiciones. El artículo 1(2) enumeró, entre

los propósitos de la organización, “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”. El mismo lenguaje de “la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos” se empleó en el artículo 55.¹⁶

El sentido predominante de libre determinación en la Carta de la ONU no es el mismo que adquirió en los años siguientes. Después de analizar los debates de los travaux préparatoires que separaban a los occidentales de otros, Antonio Cassese concluyó que la libre determinación mencionada en la Carta no significa: (i) el derecho de una minoría o un grupo étnico o nacional a buscar independencia; (ii) el derecho de un pueblo colonizado a buscar independencia; (iii) el derecho de un pueblo de un Estado soberano a elegir libremente a sus gobernantes; (iv) el derecho de dos o más Estados a fusionarse. En la interpretación del internacionalista italiano, la libre determinación tendría una connotación de autogobierno, un “principio que sugiere que los Estados deben conceder autogobierno, en la medida de lo posible, a las comunidades sobre las

que ejercen jurisdicción”.¹⁷ El temor entonces, como continuó en los años siguientes, era la secesión. La integridad territorial figura en el artículo 2(4), que impone una obligación a los miembros de la organización, de “se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado”.¹⁸ No hay excepciones expresas en la Carta en relación con la integridad territorial.

Las menciones que aparecen en la Carta otorgan a la libre determinación un sentido de protección de los derechos de un pueblo en un Estado contra la interferencia externa de otro Estado. En esta interpretación, los principios aludidos de “igualdad de derechos” y “libre determinación de los pueblos” se aplican en las relaciones entre los Estados. La inclusión del texto en la lista de “propósitos” de la organización y el propio lenguaje elegido indican que la libre determinación se entiende como uno de los principios a partir de los cuales los Estados deben establecer sus relaciones, en lugar de ser una regla obligatoria para sus Estados miembros. Es decir, originalmente la noción en cuestión parecía no referirse a un derecho de los pueblos dependientes a buscar su independencia, o de un derecho de voto.

“fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.”

Para aquellos que buscaban una referencia normativa en sus luchas por la independencia, la Carta ofrecía poco. Además, otros dispositivos, como los capítulos XI y XII, trataron el asunto y no dispusieron sobre la libre determinación, incluso en artículos que planteaban la posibilidad de “independencia”, como el artículo 76(b).

Al igual que la libre determinación, los derechos humanos se enumeran entre los propósitos de la ONU en el artículo 1(3). Sus otras menciones en los artículos 13, 55, 62 y 68 están dentro del marco de la promoción de la cooperación internacional, ya sea por recomendaciones de la Asamblea General o por las atribuciones del Consejo Económico y Social (ECOSOC). Al igual que en relación con la libre determinación, los derechos humanos

“Esta diferencia revela una hipocresía en cómo se disponen el tema de la colonización y los derechos humanos en la Carta.”

aparecen en la relación entre Estados, como forma de cooperación, o como propósito de la organización.

Sin embargo, hay una especificidad de los derechos humanos en la Carta que revela su ambigüedad en relación con la colonización. Al comparar los dispositivos del capítulo XI (que regula los “territorios no autónomos”) con el capítulo XII (que regula la administración fiduciaria) de la Carta, es posible distinguir los contextos de aplicación de los derechos humanos. En el artículo 76(c) hay un compromiso de “promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo” en régimen de administración fiduciaria de la Sociedad de Naciones y en aquellos “territorios que, como resultado de la segunda guerra mundial, fueren segregados

de Estados enemigos” (artículo 77(1)(b)).¹⁹ Es decir, se debía estimular el respeto a los derechos humanos en las excolonias de los perdedores de la Segunda Guerra Mundial y en los territorios que ya estaban bajo tutela desde el sistema de la Liga. Sin embargo, no hay ningún compromiso similar de respeto a los derechos humanos en otras colonias (notablemente las de Francia y del Reino Unido), de los “territorios no autónomos”, como se dispone en el Capítulo XI de la Carta. Esta diferencia revela una hipocresía en cómo se disponen el tema de la colonización y los derechos humanos en la Carta. Por ejemplo, se debería estimular el respeto a los derechos humanos en Namibia, que estaba bajo la administración fiduciaria, pero no se cruza la frontera hacia la vecina Angola, aún bajo el yugo colonial de Portugal.

Al igual que la Carta, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue redactada en un contexto en el que los imperios eran la regla, no la excepción. En el proceso de redacción de la Declaración, los países del tercer mundo estaban subrepresentados, y los presentes eran recién independientes: Líbano, Filipinas y Siria en 1946, India, Birmania y Pakistán en 1947, y Ceilán en 1948. El texto final de la DUDH

tuvo una gran influencia de la delegación británica, y había dudas sobre su aplicación directa en las colonias.²⁰ El Reino Unido había logrado caracterizar las revueltas anticoloniales nacionalistas en lugares como Kenia y Malasia británica como “situaciones de emergencia”, lo que garantizaba prácticas de mantenimiento del orden y del derecho, en lugar de aplicar los derechos humanos o incluso el derecho humanitario.²¹ En la evaluación de Mutua, es irónico que los “padres” generalmente atribuidos a los derechos humanos llevaran a cabo sistemáticamente políticas de violencia y represión, desde el apartheid estadounidense (no muy diferente del sudafricano para el autor) hasta las políticas brutales e inhumanas de Francia y el Reino Unido en sus colonias africanas y asiáticas.²²

La libre determinación ni siquiera se incluyó en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el principal documento de derechos humanos que siguió a la Carta. Bajo la responsabilidad de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, su redacción original no incluía tal derecho, a pesar de una propuesta de la Unión Soviética. Los soviéticos estaban influenciados por la “Declaración de los Derechos de los Pueblos de Rusia”, documento

promulgado por el gobierno revolucionario bolchevique en 1917 que incluía los derechos de los pueblos rusos a la libre determinación hasta el punto de la secesión y la formación de un Estado independiente.²³ En la propuesta soviética de 1948, todos los pueblos y naciones tendrían “derecho a la libre determinación nacional”, y los “Estados responsables de la administración de los territorios no autónomos, incluidas las colonias, facilitarán la implementación de este derecho, guiados por los principios y propósitos de las Naciones Unidas con respecto a los pueblos de tales territorios”.²⁴

Sin embargo, el grupo occidental se opuso y el derecho no fue incluido. Las opiniones de los miembros más influyentes de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU fueron fundamentales para su rechazo. Ya en la década de 1950, en el momento

“La libre determinación ni siquiera se incluyó en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el principal documento de derechos humanos que siguió a la Carta.”

“así como el concepto de libertad humana individual llevado a su lógica extrema significaría anarquía, el principio de libre determinación aplicado de manera irrestricta puede resultar en caos.”

de la presión del Tercer Mundo por el derecho a la libre determinación, René Cassin entendió que “los Estados árabes han estado luchando por incluir en los Pactos el ‘derecho de los pueblos a la libre determinación’, que es un derecho colectivo bajo el Consejo de Seguridad y no un derecho humano”.²⁵ John Humphrey, por su parte, temía que las metrópolis coloniales no aprobaran el texto debido a las denuncias contra el colonialismo.²⁶ Una de las principales protagonistas de la Declaración Universal, Eleanor Roosevelt, reflexionó que “así como el concepto de libertad humana individual llevado a su lógica extrema significaría anarquía, el principio de libre determinación aplicado de manera irrestricta puede resultar en caos”.²⁷ En la reorganización de la política mundial después de la Segunda

Guerra Mundial, los derechos humanos se afirmaban a partir de una concepción occidental, pero fueron incapaces de proporcionar un vocabulario posible para aquellos que luchaban contra la colonización europea. A su vez, la libre determinación permaneció como un propósito abstracto para orientar las relaciones entre Estados, un principio de buena conducta en las iniciativas de cooperación internacional. Se planteó la propuesta de incluirla en la lista de derechos humanos de la Declaración Universal, pero fue rechazada, lo que fue cuestionado posteriormente, con los países recién independizados en el escenario internacional.

3. La Conferencia de Bandung y el encuentro con los derechos humanos

El panorama político de la ONU cambió de manera crucial después de la Segunda Guerra Mundial y en la década de 1950. Si en la redacción de la DUDH el tercer mundo era minoría, su participación fue determinante en los trabajos legislativos posteriores. Desde los próximos años hasta la década de 1960, casi cuarenta nuevos miembros se unieron a la ONU como resultado de la descolonización

en África y Asia. El evento que mejor representa el inicio del proceso de articulación política del tercer mundo fue la Conferencia Asiática-Africana, también conocida como Conferencia de Bandung, celebrada en 1955 en Indonesia.

“¡Esta es la primera conferencia intercontinental de pueblos de color en la historia de la humanidad!”, exclamó el presidente Sukarno en su discurso de apertura.²⁸ El evento reunió por primera vez a Estados del tercer mundo como un movimiento político y un compromiso ético, inaugurando el nacimiento del Movimiento de los No Alineados y aún hoy es un hito en el imaginario y la identidad del tercer mundo. En él se produjeron interpretaciones sobre diversas cuestiones en las relaciones internacionales, incluida la resistencia al colonialismo y otros marcos sobre derechos humanos.

En total,²⁹ Estados participaron en el evento, seis Estados independientes de África y prácticamente todos los de Asia. Los participantes tenían en común el deseo de establecer relaciones sin intermediarios y una cooperación política y económica más solidaria y sensible a la lucha contra la pobreza. Como miembros de regiones que habían sufrido un largo y funesto dominio colonial, principalmente europeo,

los delegados asiáticos y africanos compartían una firme postura anticolonial. Entre sus líderes más influyentes se encontraban el anfitrión y presidente indonesio Ahmed Sukarno, el primer ministro de la India Jawaharlal Nehru, el presidente de Egipto Abdel Nasser y el primer ministro y ministro de relaciones exteriores chino Zhou Enlai. También estaban el filipino Carlos Peña Romulo, una figura destacada en la Comisión de Derechos Humanos y en la Asamblea General de la ONU, y el libanés Charles Malik, uno de los autores de la DUDH. Estos dos últimos tenían una postura anticomunista y contrastaban con percepciones antioccidentales sobre derechos humanos.

En varios momentos, las divergencias y tensiones entre las delegaciones amenazaron el consenso buscado. Las disputas entre las delegaciones revelaban las líneas de la guerra fría y la postura hacia Moscú y Washington dividía las interpretaciones sobre la política internacional. Si el compromiso previo contra el colonialismo los unía, su contenido los dividía. Algunas delegaciones como Filipinas, Irán, Irak, Pakistán, Turquía y Vietnam del Sur sugirieron, con énfasis variados, que el comunismo podría ser una forma de imperialismo. Romulo, uno de los

críticos más vocales del comunismo, cuestionó su sesgo autoritario: “¿Se alcanzará la libertad política cuando la bandera nacional ondee sobre la sede del gobierno, el gobernante extranjero se vaya y el poder pase a manos de nuestros propios líderes? ¿Será la lucha por la independencia nacional la lucha para reemplazar la oligarquía extranjera por una oligarquía local? ¿O es solo el comienzo de la conquista de la libertad real por parte del pueblo de la tierra? ¿Existe la libertad política donde solo un partido político puede gobernar?”.²⁹ Por su parte, la delegación china llamó a la coexistencia y a la superación de las diferentes ideologías y sistemas sociales. En palabras de Zhou: “Pero lo que a algunas personas no les gusta es el hecho de que los 600 millones de chinos hayan elegido un sistema político de naturaleza socialista y liderado por el Partido Comunista Chino y de que el pueblo chino ya no esté bajo el dominio del imperialismo”.³⁰

El compromiso posible fue condenar la colonización, sin definirla más allá de la empresa colonial europea. Las delegaciones india y egipcia presentaron un borrador que reclamaba “liberación de los pueblos independientes y fin del dominio colonial” y afirmaba que “la reacción de los pueblos a la dominación extranjera constituye una

negación de los derechos humanos fundamentales”.³¹ El comunicado final de Bandung declaró que el colonialismo “en todas sus formas” era un mal que debía combatirse, pero no hubo consenso sobre lo que eso significaba.

¿Qué concepciones de derechos humanos surgieron en Bandung? En principio, usos distintos de la noción convivieron entre sí en los pronunciamientos de las delegaciones, que hicieron referencias a ella desde la apertura hasta el cierre. Los derechos humanos aparecieron junto con cuestiones como soberanía, derechos individuales, libertad religiosa, autoritarismo y no intervención. Hay varias referencias a la dignidad como un valor universal compartido por diversas culturas.

Como con el colonialismo, también se disputaba el marco de significado de los derechos humanos. Incluso antes de la reunión internacional, las trayectorias de algunos delegados y las agendas políticas de los Estados indicaban posibles fricciones. Malik y Romulo, experimentados diplomáticos que participaron en la redacción de documentos anteriores sobre derechos humanos favorecían interpretaciones que involucraban anticolonialismo e

internacionalismo, así como la garantía de derechos individuales y la defensa del régimen democrático liberal. Su gran referencia era la Declaración Universal; documento que les gustaría que orientara los debates.

La referencia a la Declaración, como veremos, fue rechazada principalmente por la delegación de China comunista, crítica con la interpretación occidental.

El marco consensuado sobre derechos humanos en Bandung fue asociarlo a lo que unía a las delegaciones presentes: la lucha contra la colonización. Prevalció la comprensión de que la empresa colonial era una grave violación de derechos, y que se debía salvaguardar el derecho a la libre determinación de los pueblos como resistencia a la dominación colonial extranjera. Esta conexión es explícita en el discurso de apertura del ministro de Relaciones Exteriores afgano, Sardar Mohammad Naim: “nuestra concepción de independencia no difiere en ningún aspecto de nuestra concepción de observancia de los derechos humanos fundamentales, especialmente el derecho de los pueblos y las naciones a la libre determinación”. A continuación, reafirmó su compromiso “siempre que tuvimos la oportunidad

“favorecían interpretaciones que involucraban anticolonialismo e internacionalismo, así como la garantía de derechos individuales y la defensa del régimen democrático liberal.”

de levantar nuestra voz en defensa del derecho de los pueblos y las naciones a la independencia y libre determinación, lo hemos hecho en este sentido”.³² En esta concepción, luchar por los derechos humanos sería luchar contra la colonización.

Otras formulaciones similares siguieron, con matices. La delegación china empleó tanto derechos humanos como la expresión “derechos nacionales”. “Los países asiáticos y africanos, que se oponen al colonialismo y defienden la independencia nacional, valoran aún más sus propios derechos nacionales”, declaró Zhou en su discurso de apertura. También defendió la igualdad de derechos que todos los países deberían disfrutar en sus relaciones internacionales, así como su integridad territorial y soberanía. Zhou mencionó además que “los pueblos de todos los países dependientes deben disfrutar del derecho a

la libre determinación nacional y no deben ser objeto de persecuciones y masacres”.³³

Ni siquiera Charles Malik se desvió de sus pares y asoció los derechos humanos con la igualdad jurídica entre naciones y la lucha contra el colonialismo. “Si los derechos humanos, tal como se definen en la Carta de las Naciones Unidas, son sagrados, el derecho de las propias naciones, por pequeñas que sean, al respeto de las naciones más grandes es al menos igualmente sagrado”. Y continuó: “los pueblos oprimidos, aquellos que aún no han disfrutado de libertad e independencia, así como aquellos que han sido privados de ambos, encontrarán aquí, esperamos, el mejor apoyo”.³⁴ El diplomático libanés estuvo de acuerdo en que ese era un espacio de solidaridad anticolonial.

La principal fuente de desacuerdo durante las negociaciones fue si la Declaración Universal debía ser citada en el documento final. No se discutió explícitamente su contenido, sino si se debía reconocer como orientación de la conferencia. En el enfrentamiento, Malik y Zhou estaban en lados opuestos. El primer ministro chino argumentó que su país, al igual que otros en Bandung, no eran miembros de la ONU en el momento de

la adopción de la Declaración y, por lo tanto, se mostraba reacio a respaldar un compromiso del cual no había participado. Sin embargo, hubo más delegaciones a favor de la propuesta del libanés (Ceilán, Irán, Irak, Japón, Líbano, Pakistán, Tailandia, Turquía y Vietnam del Sur) que en contra (China, India, Indonesia y Vietnam del Norte). Después de discusiones en un subcomité, la solución fue mencionar en la redacción final tanto la DUDH como la Carta de la ONU, un arreglo cuestionado por las delegaciones del Líbano e Irán.³⁵

La redacción final de los documentos es reveladora. El Final Communiqué de la conferencia se organizó de acuerdo con lo que se había establecido inicialmente en la agenda. Hay cinco secciones: cooperación económica, cooperación cultural, derechos humanos y libre determinación, problemas de pueblos dependientes y cooperación y paz mundial. Los dos párrafos de la sección presentan la comprensión de Bandung sobre los derechos humanos. En primer lugar, los derechos humanos se enmarcaron como derecho de pueblos y naciones a la libre determinación:

“La Conferencia Asiático-Africana declaró su total apoyo a los principios fundamentales de los Derechos

Humanos, tal como están establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, y tomó nota de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como un estándar común de logro para todos los pueblos y todas las naciones. La Conferencia declaró su total apoyo al principio de la libre determinación de los pueblos y las naciones, tal como está establecido en la Carta de las Naciones Unidas, y tomó nota de las resoluciones de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos y las naciones a la libre determinación, que es un requisito previo para el pleno disfrute de todos los Derechos Humanos fundamentales”.³⁶

Los documentos mencionados reflejan las negociaciones. Mientras que los delegados se refirieron a los derechos humanos “tal como están establecidos” en la Carta de la ONU, solo “tomaron nota” de la Declaración Universal, aunque la reconocieron como un “estándar común” para todos los pueblos. Si la Declaración enumera los derechos de los ciudadanos frente a sus Estados, el documento de la ONU crea obligaciones entre Estados. Como se mencionó, los derechos humanos en la Carta de la ONU son objeto de cooperación internacional (art. 1(3)), junto con la igualdad jurídica y la libre determinación de los pueblos (art. 1(2)).

Además, se reconoce cómo la Carta establece tesis soberanistas, como la no intervención extranjera en asuntos domésticos (art. 2(7)), una cuestión que, con el tiempo, se contrapondrá a una interpretación de los derechos humanos.

El texto final de la conferencia equiparó derechos humanos y libre determinación, demostrando su “total apoyo” a esta. En la sección titulada “Problemas de pueblos dependientes”, el texto final declaró que la colonización es un “mal que debe ser extinguido rápidamente” y afirmó que “la sumisión de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjera” se considera “una negación de los derechos humanos fundamentales”.³⁷ En la sección “derechos humanos y libre determinación”, el derecho a la libre determinación se trató como un “requisito previo” para el “pleno disfrute de todos los Derechos Humanos fundamentales”, lo que lo colocó como una condición necesaria para alcanzar otros derechos, es decir, como un derecho anterior y fundamental para los demás.

Dado que la lucha anticolonial fue uno de los principales ejes desde el cual se organizó Bandung, el uso de los derechos humanos como libre determinación fue un marco crucial

para sus participantes, además de enviar un mensaje a otras negociaciones. En la década de 1950, ya se disputaba la prevalencia entre los derechos individuales o los derechos colectivos (en general, coincidiendo con los lados opuestos de la guerra fría), y se negociaba la redacción de los dos Pactos Internacionales. Sus primeras versiones fueron presentadas en la Asamblea General y los artículos primeros relativos al derecho a la libre determinación de los pueblos eran uno de los dispositivos más controvertidos. Los delegados de Bandung demostraron su apoyo al mencionar esta formulación en su comunicado final.

En segundo lugar, los derechos humanos se enmarcaron como lucha contra el racismo y los regímenes racistas: “La Conferencia Asiático-Africana deploró las políticas y prácticas de segregación racial y discriminación que constituyen la base del gobierno y las relaciones humanas en grandes regiones de África y en otras partes del mundo. Tal conducta no es solo una violación grave de los derechos humanos, sino también una negación de la dignidad del hombre. La Conferencia expresó su cálida simpatía y apoyo a la posición valiente asumida por las víctimas de la discriminación racial, especialmente por los pueblos

de origen africano, indio y pakistaní en Sudáfrica; aplaudió a todos aquellos que apoyan su causa; reafirmó la determinación de los pueblos asiático-africanos para erradicar todos los vestigios de racismo que puedan existir en sus propios países; y se comprometió a usar toda su influencia moral para protegerse contra el peligro de convertirse en víctimas del mismo mal en su lucha por erradicarlo”.³⁸

Las iniciativas contra el racismo estuvieron en la ONU casi desde su creación. La India llamó la atención sobre los tratamientos a las personas de origen indio en Sudáfrica desde 1946. La primera resolución sobre el asunto lo enmarcó como una amenaza potencial para las buenas relaciones amistosas entre los países y no utilizó el vocabulario de los derechos humanos,³⁹ aunque la DUDH no había sido adoptada. Sin los dos tercios necesarios en la votación, la Asamblea General no adoptó una resolución sobre el asunto. La India luego reiteró su demanda al año siguiente y durante los próximos 43 años, hasta el 23 de junio de 1994, debido al fin del apartheid.⁴⁰ La resolución 395 (V), del 2 de diciembre de 1950, se refirió a la DUDH y a las resoluciones anteriores que condenaban la persecución y la discriminación racial. Además, su texto declaró que

una “política de ‘segregación racial’ (apartheid) se basa necesariamente en doctrinas de discriminación racial”.⁴¹ En la época de Bandung, los países del tercer mundo como India y Pakistán presionaban al régimen de Sudáfrica que disminuía gradualmente su participación en la ONU. Por lo tanto, la mención en el comunicado final de Bandung de “cálida simpatía” y “posición valiente” hacia las víctimas de la discriminación racial en Sudáfrica fue parte de un esfuerzo mayor por aislar y presionar al régimen del apartheid.

El lenguaje del comunicado final de Bandung fue más incisivo que el de los documentos de la ONU hasta el momento. Las delegaciones allí “deploraron” las prácticas de regímenes basados en la segregación racial y la discriminación, las juzgaron como una “violación grave” de los derechos humanos y una negación de la dignidad humana. Utilizar el vocabulario de los derechos humanos en la lucha contra el racismo fue un arreglo que persistió en la ONU en los años siguientes hasta culminar en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Por último, el comunicado final hizo una consideración sobre la promoción

de la paz y la cooperación mundial. Es sintomático que, en la lista de posibles amenazas a la paz, la posibilidad de guerra nuclear estuviera junto con la colonización. “El derecho a la libre determinación debe ser disfrutado por todos los pueblos, y la libertad y la independencia deben ser otorgadas, lo antes posible, a aquellos que todavía son pueblos dependientes”.⁴² El texto enumeró luego diez principios que deberían guiar las relaciones internacionales. Mientras que el primero consideraba el “respeto por los derechos humanos fundamentales y por los objetivos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”, el segundo observaba el “respeto por la soberanía y la integridad territorial de todas las naciones”.⁴³

En Bandung, la noción de derechos humanos caminó junto con la de soberanía. La defensa del Estado tenía sentido para aquellos que se constituyeron hace tan poco tiempo. Indonesia había proclamado su independencia cinco años antes de Bandung, en 1950. Irán, cuatro años antes, y Egipto, tres. La guerra de Vietnam contra Francia había terminado el año anterior, en 1954. Enmarcar la lucha anticolonial como un derecho humano con el derecho a la libre determinación les confería legitimidad política,

además de traducir en términos normativos de derechos y violaciones sus demandas y las de sus vecinos que luchaban o iban a librar guerras de independencia. La lucha contra la discriminación y los regímenes racistas también resonaba entre personas y pueblos históricamente inferiorizados por sus fenotipos y sus culturas. Bandung también impulsó la discriminación racial como una violación de los derechos humanos.

4. Primer artículo de los Pactos: el derecho a la libre determinación de los pueblos

Como se mencionó, los debates sobre el derecho a la libre determinación preceden a la Conferencia de Bandung. Las propuestas para incluir tal derecho en lo que serían los pactos se remontan a las discusiones a principios de los años 1950, cuando aún estaban en disputa interpretaciones que entendían la libre determinación como autogobierno y participación popular o como anticolonialismo e independencia nacional.

Los países del tercer mundo avanzaron con la interpretación sobre libre determinación después de resistir a la propuesta europea de excluir la

aplicación de los pactos de derechos humanos en las colonias. En noviembre de 1950, el Reino Unido sugirió una “cláusula colonial” (a veces llamada “cláusula territorial”), una moción que eximiría la jurisdicción de tratados de derechos humanos en sus colonias.⁴⁴ “La cuestión ante el Comité”, expresó el representante británico, “no era si era correcto o incorrecto que un sistema colonial aún existiera en el siglo XX, sino solo si, con tal sistema en existencia, una cláusula colonial debería ser incorporada en el pacto”.⁴⁵ Pero, a pesar del intento del británico de desplazar la discusión, lo que estaba en juego, al menos para varias delegaciones del tercer mundo, era justamente el fin de la colonización. Además de la propia colonización, las denuncias de trabajo forzado, restricciones al libre movimiento de personas y detenciones sin juicio eran comunes en las colonias, donde varias de estas prácticas se consideraban legales.⁴⁶ La delegación británica temía que el pacto fuera utilizado para criticar sus prácticas coloniales. Otras metrópolis europeas también se posicionaron a favor de la cláusula. Uno de los redactores de la DUDH, René Cassin, opinó que la ausencia de la cláusula colonial “podría someter a los países habitados por pueblos diferentes a obligaciones uniformes, y los estándares que adoptarían para su

legislación serían los aplicables a los pueblos aún en la etapa más baja de desarrollo”, una medida que podría “retrasar el progreso humano”.⁴⁷

Sin embargo, las delegaciones del tercer mundo resistieron e impidieron que la cláusula colonial avanzara. Para la diplomática india, era precisamente en las colonias donde el Pacto debería ser aplicado, ya que allí era donde “más frecuentemente ocurrían las violaciones de los derechos humanos”. La cláusula colonial afectaría “directamente a millones de individuos indefensos que sufrieron en silencio y cuya posición aún estaría al borde de la degradación si los órganos especiales de las Naciones Unidas no se hubieran movilizado para asumir su papel”.⁴⁸ Después de la presión del tercer mundo y el aislamiento de las metrópolis, la Asamblea General remitió el asunto a la Comisión de Derechos Humanos con la demanda de que los tratados también fueran aplicables a las colonias.⁴⁹ Posteriormente, la cláusula colonial fue rechazada por una amplia mayoría.⁵⁰

La negativa de la cláusula fortaleció el cuestionamiento de la propia empresa colonial. En el Tercer Comité de la Asamblea General, la Unión Soviética intentó liderar la inclusión del derecho

a la libre determinación en los pactos, pero su arreglo sobre el asunto no prosperó. Por otro lado, una parte significativa del occidente y sus aliados se oponían a un dispositivo sobre libre determinación, especialmente países que aún mantenían colonias, como el Reino Unido, Francia y Bélgica. Fundamentaban sus posiciones a partir de criterios técnicos, como que la libre determinación era demasiado vaga, era un principio político (y no un derecho justiciable), o era un derecho colectivo (y, por lo tanto, indebido en el pacto de derechos civiles y políticos), entre otros. La posición occidental tampoco prevaleció. Fueron las delegaciones del tercer mundo las que protagonizaron las discusiones y la redacción de propuestas.

Si el derecho a la libre determinación se consolidaba como un marco inevitable, sus contornos estaban en debate. La principal cuestión era si se aplicaría a situaciones de pueblos oprimidos por regímenes autoritarios, o si estaría restringido al contexto colonial. En el primer entendimiento destacaban las delegaciones afgana y libanesa, con apoyo de algunos países latinoamericanos y del occidente. Al inicio de las discusiones, en 1950, Abdul Rahman Pazhwak señaló que Afganistán “consideraba

“La principal cuestión era si se aplicaría a situaciones de pueblos oprimidos por regímenes autoritarios, o si estaría restringido al contexto colonial.”

el colonialismo una violación flagrante de los derechos más sagrados del individuo” - una formulación que presionaba el posicionamiento occidental y, al mismo tiempo, se remitía a los derechos individuales. “Al privar a los pueblos de sus derechos de autogobierno”, continuó, “las potencias coloniales violaban frecuentemente el derecho a la vida y a la libertad y muchos otros derechos fundamentales del individuo”.⁵¹ Una formulación similar fue hecha por Charles Malik, un año más tarde. Él destacó “la relación entre los derechos individuales y el derecho colectivo de los pueblos a la libre determinación”; en su opinión, “cuanto más progresaran las personas hacia la libre determinación, más respetarían los derechos humanos y viceversa” y, así, la “humanidad sería más rica si los pueblos no autónomos obtuvieran mayor independencia”.⁵²

En este sentido, la demanda por libre determinación se aproximaba al sentido de derechos inscritos en la DUDH.

El entendimiento concurrente sobre la libre determinación fue liderado por Arabia Saudita, con el apoyo soviético y de otros países del tercer mundo. En la propuesta de Jamil Baroody, la libre determinación fue considerada un “prerrequisito para el pleno goce de todos los Derechos Humanos fundamentales”, una construcción aprobada por la mayoría y adoptada en la resolución 637 (VII) de la Asamblea General en diciembre de 1952. Se observa que el mismo lenguaje fue usado posteriormente en Bandung. El texto de la resolución de 1952 se refiere a la Carta de la ONU (pero no a la DUDH), recomienda a los Estados miembros “reconocer y promover” el derecho a la libre determinación de los pueblos territorios no autónomos y de administración fiduciaria (es decir, aquellos tratados en los capítulos XI y XII de la Carta, lo que incluiría todas las colonias), y menciona que se debe reconocer sus deseos “por plebiscitos u otros medios democráticos reconocidos”.⁵³

La iniciativa saudita generó controversias. El delegado francés reaccionó y ponderó que los pactos “no deberían

tratar de derechos que no estaban en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, especialmente en relación “a la inclusión del principio altamente político del derecho de los pueblos a la libre determinación”.⁵⁴ La réplica de Baroody ilustra bien el espíritu del momento. A los críticos que proponían tratar por separado los temas del colonialismo y de los derechos humanos, él respondió que la colonización era una grave violación de derechos. El pleno ejercicio de los derechos humanos “dependía de un derecho fundamental”, el derecho a la libre determinación de los pueblos y naciones. El representante saudita aún provocó: “los franceses ocuparon los territorios del Norte de África como si Dios se los hubiera regalado, como si tuvieran derecho a ellos”. Los franceses deberían “descender de su torre de marfil, para enfrentar las realidades de la vida y de la historia”, para que reconocieran “que el actual derramamiento de sangre y las revoluciones” que ocurrían “debido al hecho de que el derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos no estaba siendo respetado”. El “ejercicio de los derechos humanos dependía, en primer lugar, de la liberación de los pueblos oprimidos”.⁵⁵ Mientras que los países occidentales disfrutaban cómodamente de una posición en la

“la libre determinación fue considerada un “prerrequisito para el pleno goce de todos los Derechos Humanos fundamentales”, una construcción aprobada por la mayoría y adoptada en la resolución 637 (VII) de la Asamblea General en diciembre de 1952.”

que ya habían conquistado sus soberanías, Baroody afirmó la relevancia crucial del artículo primero sobre libre determinación en la redacción de los pactos. El discurso apasionado del representante saudita consolidaba la interpretación que seguiría adelante, revelaba la urgencia de la lucha anticolonial y la importancia del lenguaje de los derechos humanos a su favor. Otras delegaciones estuvieron de acuerdo y la interpretación siguió adelante.

Las posiciones concurrentes persiguieron los debates sobre la libre determinación en los primeros años de la década de 1950. Las delegaciones del tercer mundo empleaban sus votos mayoritarios en la Asamblea General

de la ONU para avanzar en la agenda. En 1950, la resolución 421 (V) instó a la Comisión de Derechos Humanos a “estudiar formas y medios que garanticen el derecho de los pueblos y naciones a la libre determinación”⁵⁶ y, en 1952, la resolución 543 (V) solicitó a la misma comisión un borrador de dos pactos, uno de derechos civiles y políticos y otro de derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión de Derechos Humanos trató del tema en las sesiones octava (1952), novena (1953) y décima (1954), cuando sometió los borradores de los pactos al ECOSOC,⁵⁷ que, a su vez, los sometió a la Asamblea. Su redacción, aprobada en la versión final, dispone:

«1. Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su estatuto político y aseguran libremente su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para la consecución de sus objetivos, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y de sus recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones derivadas de la cooperación económica internacional, basada en el principio del provecho mutuo, y del Derecho Internacional. En ningún caso podrá un pueblo ser privado de sus medios de subsistencia.

3. Los Estados Parte del presente Pacto, incluso aquellos que tengan la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios bajo tutela, deberán promover el ejercicio del derecho a la libre determinación y respetar ese derecho, de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”⁵⁸.

El primer párrafo constituye el núcleo del derecho a la libre determinación. Su redacción fue reproducida posteriormente en el párrafo segundo de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General. En la opinión consultiva Sahara Occidental, la Corte Internacional de Justicia consideró que la definición expuesta en este dispositivo “confirma y enfatiza que la aplicación del derecho de libre determinación requiere una expresión libre y genuina de la voluntad de los pueblos en cuestión”⁵⁹.

Después de la adopción de la redacción final de los pactos a mediados de la década de 1950 (entraron en vigor en 1966), aún había cierta divergencia sobre si el dispositivo se limitaría al contexto colonial. El temor se debía a la posibilidad de concesión de derechos a minorías dentro de los Estados, pero la mayor parte de los Estados declaró ser contrario a tal

interpretación.⁶⁰ Aun cuando también significara la expresión de la voluntad popular y el derecho sobre recursos naturales, para los responsables de su inclusión en los pactos, el meollo del contenido del derecho a la libre determinación provenía de la lucha anticolonial.

A pesar de la garantía de los artículos iniciales de los principales tratados de derechos humanos hasta entonces, los países del tercer mundo continuaron presionando con la agenda. Como se mencionó, el derecho fue reconocido en la Conferencia de Bandung, en 1955. La cuestión de si dicho derecho debería o no estar circunscrito al contexto colonial aún estaba presente en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Delegaciones cercanas al occidente reforzaban la libre determinación como autogobierno y favorecían a los regímenes democráticos en crítica a la URSS y sus aliados. La delegación filipina, por ejemplo, afirmó que el “imperialismo comunista” era una amenaza mayor a la libre determinación que las potencias coloniales.⁶¹ Algunas delegaciones denunciaron la intervención soviética en Hungría en 1956 como una violación a la libre determinación, pero tal entendimiento no avanzó. Por otro lado, Baroody y

“En 1950, la resolución 421 (V) instó a la Comisión de Derechos Humanos a “estudiar formas y medios que garanticen el derecho de los pueblos y naciones a la libre determinación””

otros insistían en limitar la libre determinación a la lucha anticolonial y a la soberanía de nuevos Estados. La libre determinación “no es una cuestión interna”, en palabras de Baroody, sino si un pueblo está siendo “dominado por una potencia extranjera”.⁶² En otra reunión, el representante saudita consideró esencial diferenciar la libre determinación de las demandas internas de autogobierno. Mientras que el primero significaba “que era erróneo que un país, nación o pueblo subyugara a otro país, nación o pueblo”, los pueblos que aún no habían alcanzado el pleno autogobierno no habían formulado sus propias quejas. Mientras Baroody presionaba por una definición de libre determinación, lo mismo no ocurría en relación con la democracia: “no había democracia en el sentido absoluto del término”; esa era una noción relativa en su opinión.⁶³

Después de la redacción de los pactos, las delegaciones del tercer mundo llevaron las discusiones a resoluciones de la Asamblea General. En la década de 1960, las propuestas para avanzar en las normas sobre libre determinación ganaron aún más fuerza. Dos propuestas estaban en la agenda. La primera fue presentada por el primer ministro de la Unión Soviética, Nikita Khrushchev, denunciaba “la subyugación colonial” en África y Asia, afirmaba que “los pueblos de estos países tienen derecho a la independencia nacional”, pero que “continúan sin derechos, continúan siendo mantenidos en los troncos”. Mientras que para las metrópolis coloniales “la ley máxima es la ganancia para extranjeros”, en las colonias “los derechos inalienables del hombre y del pueblo no son nada”.⁶⁴ El documento soviético, sin embargo, no hacía un uso más prolongado del vocabulario de derechos humanos.

Otra propuesta de resolución fue firmada originalmente por veintiocho países y trece más se unieron durante los debates, todos africanos y asiáticos. Su vocabulario remitía a las formulaciones anteriores sobre libre determinación, consolidada en Bandung. En su primer artículo, la propuesta declaraba que la “sujeción de los pueblos a la subyugación, dominación y

explotación extranjera constituye una negación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y es un obstáculo para la promoción de la paz y la cooperación mundiales”. El vocabulario de los derechos humanos destaca al tratar la colonización como violación. El dispositivo siguiente acentúa aún más esa formulación al declarar que “todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su estatuto político y prosiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Además, la propuesta atacaba uno de los argumentos usados por las metrópolis coloniales y afirmaba que la “inadecuación de la preparación política, económica, social o educativa nunca debe servir de pretexto para retrasar la independencia”.⁶⁵ El documento hacía referencia tanto a la Carta como a la DUDH, pero concluía que tales instrumentos deberían ser observados en razón de los principios de no intervención y soberanía. Varias delegaciones hicieron referencias a lo acordado en Bandung, y la propuesta afroasiática avanzó en lugar de la soviética.

En el plazo de una década, la Asamblea General aprobó una serie de resoluciones sobre el asunto que

representan un hito en la lucha contra la colonización y en la historia de los derechos humanos, precisamente por relacionar esta con aquella. La resolución 1514 (XV) fue aprobada en la Asamblea General el 14 de diciembre de 1960, con 89 votos a favor, 0 en contra y 9 abstenciones.⁶⁶ Su redacción repite la propuesta mencionada anteriormente hecha por africanos y asiáticos. Su título revela su propósito principal: “Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales”. Un día después, el 15 de diciembre de 1960, por 69 votos a favor contra 2 y 21 abstenciones, se aprobó la resolución 1541 (XV) que incluyó los principios que deberían guiar a los Estados miembros sobre las obligaciones relativas al artículo 73(e) de la Carta.⁶⁷ A continuación, también se aprobó la resolución 1654, de 1961, que creó un comité especial de 17 miembros para monitorear el avance de la Declaración de 1960, en especial en la observación de la garantía de independencia de pueblos que aún luchaban contra la colonización.⁶⁸ Por último, el 24 de octubre de 1970, se aprobó la resolución 2625 (XXV), titulada “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Tales documentos contribuyen a la formación del derecho consuetudinario sobre la libre determinación. En la opinión consultiva Namibia, los jueces de la Corte Internacional de Justicia reconocieron el vínculo entre la libre determinación mencionada en la Carta y los documentos producidos posteriormente. Concluyeron que “el desarrollo subsiguiente del derecho internacional en lo que respecta a territorios sin gobierno propio, como consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, hizo que el principio de la libre determinación fuera aplicable a todos ellos”.⁶⁹ Además de reiterar el mismo argumento, la opinión consultiva Sahara Occidental consideró que la resolución 1514 “proporciona la base del proceso de descolonización” y reconoció la importancia de la complementación de las resoluciones 1541 y 2625.⁷⁰

Hay algunas diferencias entre lo dispuesto en los primeros artículos comunes a los pactos y las normas dispuestas en las resoluciones de la Asamblea General. En primer lugar, las resoluciones reflejan la voluntad de los países del tercer mundo en asociar la libre determinación al contexto colonial, y no la mencionan como expresión de la voluntad popular. Su énfasis está en la libre determinación “externa”; el reconocimiento de que

el pueblo que habita determinado territorio tiene el derecho de elegir su estatus internacional. Los párrafos 3º, 4º y 5º de la resolución 1514 (XV) se refieren a los casos que involucran procesos de “independencia”. El párrafo 4º de este documento dispone que cualquier medida militar o armada contra “pueblos dependientes” debe cesar, para que puedan ejercer un “derecho a la independencia completa”.⁷¹ En segundo lugar, el titular de este derecho es el pueblo en su totalidad: incluso si la población de un territorio está constituida por diversos grupos étnicos, estos no tienen la prerrogativa de elegir su estatus internacional de una manera distinta. Según lo dispuesto en el sexto párrafo de la resolución 1514 (XV), “cualquier intento de interrupción parcial o total de la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.⁷² La idea es reiterada por el séptimo párrafo del quinto principio de la resolución 2625 (XXV).⁷³ Así, el principio de la integridad territorial, según se menciona en el artículo 2(4) de la Carta, se aplica junto con un derecho a la libre determinación, lo que no representa una fórmula de fácil solución, dadas las dificultades de demarcación de fronteras en el proceso de descolonización.

En tercer lugar, las resoluciones detallan los procedimientos del derecho. Según el Principio VI de la resolución 1541 (XV), los posibles resultados finales para los colonizados serían: (i) la independencia y la formación de un nuevo Estado soberano, (ii) la asociación con otro Estado ya existente, o (iii) la integración con un Estado independiente. En el primer caso, no se establece la necesidad de un plebiscito o referéndum. En los dos últimos casos, la misma resolución exige que la asociación o integración con otro Estado “debería ser el resultado de una elección libre y voluntaria de los pueblos del territorio en cuestión, expresado a través de un proceso informativo y democrático”.⁷⁴ La opinión consultiva Sahara Occidental detalló aún más la cuestión procesal y la exigencia de medios específicos:

“La validez del principio de la libre determinación, definido como la necesidad de considerar la voluntad libremente expresada de los pueblos, no se ve afectada por el hecho de que en ciertos casos la Asamblea General haya dispensado la exigencia de consultar a los habitantes de un determinado territorio. Estas instancias se basaron ya sea en la consideración de que una determinada población no constituye un «pueblo» que tiene

derecho a la libre determinación, o en la convicción de que una consulta fue totalmente innecesaria, dadas las circunstancias especiales”.⁷⁵

La Corte deja lugar a la interpretación de que la consulta a los habitantes de un territorio no es condición sine qua non para la libre determinación, pues hay casos en los que no se identifica quién constituye un “pueblo”, o bien que tal consulta es innecesaria por haber «circunstancias especiales». Ninguna de estas dos situaciones fue más elaborada, sin embargo.

Por último, una vez ejercido el derecho de libre determinación externa, este derecho de libre determinación expira. Según se dispone en el sexto párrafo del quinto principio:

“El territorio de una colonia u otro territorio sin gobierno propio tiene, según la Carta, un estatus separado y distinto del territorio del Estado que lo administra; y tal estatus separado y distinto bajo la Carta debe existir hasta que el pueblo de la colonia o el territorio sin gobierno propio ejerza su derecho de libre determinación de acuerdo con la Carta, y, en particular, con sus propósitos y principios”.⁷⁶

Se vuelve a aludir a la noción de integridad territorial y se limita en función de ella la aplicación de la libre determinación, buscando evitar que los Estados coloniales compuestos por diversas etnias, por ejemplo, se fragmenten por completo. Sin embargo, esta cuestión no es consensuada y hay práctica estatal en sentido contrario.

5. Consideraciones finales

Los nuevos países surgidos del proceso de descolonización en África y Asia se comprometieron activamente con las instituciones y normas internacionales. Denunciaron aquellas que aún favorecían a sus antiguas metrópolis coloniales y buscaron reinterpretar el derecho internacional a partir de nuevos criterios de justicia, así como de sus demandas políticas. Las décadas de 1950 y 1960 presenciaron el encuentro entre los derechos humanos y este nuevo arreglo político del tercer mundo.

En Bandung, delegaciones diplomáticas se reunieron por primera vez sin la mediación de los principales polos de poder, tanto los antiguos (europeos) como los nuevos (EE. UU. Y la URSS). Se imaginaron otros arreglos políticos y económicos. Según

“El derecho a la libre determinación de los pueblos fue una forma de conferir legitimidad moral a las luchas anticoloniales. Enmarcarlo como un derecho humano, o incluso como un derecho que es requisito previo para el pleno goce de otros derechos, fue una construcción hábil por parte de las delegaciones del tercer mundo.”

Anghie, Bandung es un hito crucial en la soberanía del tercer mundo y configura una noción específica de Estado-nación en las políticas de los países en desarrollo.⁷⁷ Okafor destaca una “ética de solidaridad”, capaz de acercar a Estados que buscaban un movimiento político.⁷⁸ Los derechos humanos formaron parte de esta

normatividad, su universalidad fue celebrada, así como las principales iniciativas para abordar el tema a nivel multilateral. Muchos enfoques realizados en conferencias y tratados de la década siguiente aparecieron primero en Bandung: la asociación entre los derechos humanos y la lucha contra el racismo y el colonialismo.

El derecho a la libre determinación de los pueblos fue una forma de conferir legitimidad moral a las luchas anticoloniales. Enmarcarlo como un derecho humano, o incluso como un derecho que es requisito previo para el pleno goce de otros derechos, fue una construcción hábil por parte de las delegaciones del tercer mundo. Además de los dos Pactos Internacionales de 1966, el derecho a la libre determinación siguió presente en los debates y prácticas internacionales, y también fue incluido en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 y en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

¹ Profesor de derecho internacional en la Universidade Federal de Goiás. Obtuvo su título de maestría en derecho internacional en la London School of Economics and Political Science y el doctorado en derecho internacional en la Universidade de São Paulo. Realizo estudios postdoctorales en las universidades de Oxford y de Brasilia.

² ALSTON, Philip. Does the Past Matter?: On the Origins of Human Rights. *Harvard Law Review*, v. 126, 2043-2081, p. 2077.

³ HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights: A History*. New York: W. W. Norton & Company, 2007.

⁴ BRETT, Annabel S. *Liberty, Right, and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*. Cambridge: CUP, 1997.

⁵ MARTINEZ, Jenny S. *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*. New York: OUP, 2012.

⁶ GLENDON, M. A. *World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House, 2001.

⁷ MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.

⁸ MARKS, Susan. *A False Tree of Liberty: Human Rights in Radical Thought*. Oxford University Press, 2020, p. 16.

⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, 2015, p. 352.

¹⁰ ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. New York: Cambridge University Press, 2007; CHIMNI, B. S. *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*. In: ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder; MICKELSON, Karin and OKAFOR, Obiora. *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalization*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2003, p. 47-73; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 1, n. 119-124, p. 46-68, 2013.

¹¹ SCARFI, Juan Pablo. *Pan-American Human Rights: The Legacy of Pan-Americanism and the Intellectual Origins of the Inter-American Human Rights System*. In: *The New Pan-Americanism and the Structuring of Inter-American Relations*. New York: Routledge, 2022. p. 138-162; QUINTANA, Francisco-José. *The (Latin) American Dream? Human Rights and the Construction of Inter-American Regional Organisation (1945-1948)*. *Human Rights and the Construction of Inter-American Regional Organisation (1945-1948)*. *Journal of the History of International Law* (Forthcoming), 2024.

¹² QUIROGA-VILLAMARÍN, Daniel Ricardo. 'An Atmosphere of Genuine Solidarity and Brotherhood': Hernán Santa-Cruz and a Forgotten Latin American Contribution to Social Rights. *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international*, v. 21, n. 1, p. 71-103, 2019.

¹³ MORSINK, Johannes. *The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting, and intent*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999.

¹⁴ BROWNLIE, Ian. *An Essay in the History of the Principle of Self-Determination*. In: ALEXANDROWICZ, Charles Henry. *Grotian Society Papers 1968: Studies in the History of*

the Law of Nations. The Hague: Martinus Nijhoff, 1970, p. 90-99, p. 97)

¹⁵ CASSESE, Antonio. Self-determination of peoples: A legal reappraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 38.

¹⁶ ONU, Carta de las Naciones Unidas, 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

¹⁷ “it is only a principle suggesting that States should grant self-government as much as possible to the communities over which they exercise jurisdiction” (CASSESE, Antonio. Self-determination of peoples: A legal reappraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 42).

¹⁸ ONU, Carta de las Naciones Unidas, 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

¹⁹ ONU, Carta de las Naciones Unidas, 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

²⁰ MORSINK, Johannes. The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting, and intent. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999.

²¹ RAJAGOPAL, Balakrishnan. “Counter-hegemonic international law: rethinking human rights and development as a Third World strategy”. *Third World Quarterly* 27, no. 3 (2006): 767–83.

²² MUTUA, Makau. Human rights standards: hegemony, law, and politics. Albany: State University of New York Press, 2016, p. 139.

²³ DANIELS, Robert V. A Documentary History of Communism. Londres: I.B.Tairis & Co Ltd, 1985.

²⁴ “States responsible for the administration of non-self-governing territories, including colonies, shall facilitate the implementation of this right, guided by the principles and purposes of the United Nations in regard to the peoples of such territories” (UN, Draft International Declaration of Human Rights: amendments to the draft Declaration proposed by the 3rd Committee (A/777) / Union of Soviet Socialist Republics (A/784), 8 Dec. 1948. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/636122?ln=en>).

²⁵ “les Etats arabes se sont efforcés de faire figurer dans les Pactes le ‘droit des peuples à disposer d’eux-mêmes’, qui est un droit collectif relevant du Conseil de sécurité et non un droit de la personne humaine” (AGI, Marc. René Cassin: fantassin des droits de l’homme. Paris: Plon, 1979).

²⁶ HUMPHREY, John P. Human Rights and the United Nations: A Great Adventure. Dobbs Ferry, NY: Transnational Publishers, 1984, p. 129.

²⁷ “Just as the concept of individual human liberty carried to its logical extreme would mean anarchy, so the principle of self-determination given unrestricted application could result in chaos” (ROOSEVELT, Eleanor. The Universal Validity of Man’s Right to Self-Determination. US Department of State Bulletin, v. 27, n. 702, p. 917-919, 1952, p. 919).

²⁸ “This is the first intercontinental conference of coloured peoples in the history of mankind!”. Speech of President Sukarno of Indonesia at the Opening of the Conference. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. Asia-Africa speaks from Bandung. 1955, p. 19.

²⁹ “Is political freedom achieved when the national banner rises over the seat of government, the foreign ruler goes, and power passes into the hands of our own leaders? Is the struggle for national independence the struggle to substitute a local oligarchy for the foreign oligarchy? Or is it just the beginning of the conquest of real freedom by the people of the land? Is there political freedom where only one political party may rule?” (Philippines. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. *Asia-Africa speaks from Bandung*. 1955, p. 114).

³⁰ “But what some people dislike is the fact that the 600 million Chinese people have chosen a political system which is socialist in nature and led by the Chinese Communist Party and that the Chinese people are no longer under the rule of imperialism” (Philippines. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. *Asia-Africa speaks from Bandung*. 1955, p. 64)

³¹ “Liberation of independent peoples and the end of colonial rule. The reaction of peoples to alien domination constitutes a denial of fundamental human rights” (JANSEN, Godfrey H. *Afro-Asia and non-alignment*. London: Faber, 1966, p. 205-206).

³² “Our conception of independence is not different in any respect from our conception of the observance of fundamental human rights, especially the right of peoples and nations to self-determination. Wherever we have had an opportunity to raise our voice for the right of peoples and nations to independence and self-determination, we have raised it in this sense” (Afghanistan. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. *Asia-Africa speaks from Bandung*. 1955, p. 46).

³³ “The Asian and African countries, opposing colonialism and defending national independence, treasure all the more their own national rights. Countries whether big or small, strong, or weak, should all enjoy equal rights in international relations. Their territorial integrity and sovereignty should be respected and not violated. The people of all dependent countries should enjoy the right of national self-determination and should not be subjected to persecution and slaughter.” China. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. *Asia-Africa speaks from Bandung*. 1955, p. 60.

³⁴ “If human rights, as defined by the Charter of the United Nations, are sacred, the right of nations themselves, no matter how small, to the respect of greater nations is at least just as sacred. Furthermore, the oppressed peoples, those who have not yet enjoyed freedom and independence as well as those who have been deprived of both, will find here, we hope, the best support” (Lebanon. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. *Asia-Africa speaks from Bandung*. 1955, p. 97).

³⁵ (JANSEN, Godfrey H. *Afro-Asia, and non-alignment*. London: Faber, 1966, p. 197-198; APPADORAI, Angadipuram. *The Bandung Conference*. New Delhi, Indian Council of World Affairs, 1956, p. 16-17).

³⁶ “The Asian-African Conference declared its full support of the fundamental principles of Human Rights as set forth in the Charter of the United Nations and took note of the Universal Declaration of Human Rights as a common standard of achievement for all peoples and all nations. The Conference declared its full support of the principle of self-determination of peoples and nations as set forth in the Charter of the United Nations and took note of the United Nations resolutions on the rights of peoples and nations to self-determination, which is a pre-requisite of the full enjoyment of all fundamental Human Rights” (Final

Communique of the Asian-African Conference. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. *Asia-Africa speaks from Bandung*. 1955, p. 165).

³⁷. “In affirming that the subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a denial of fundamental human rights, is contrary to the Charter of the United Nations and is an impediment to the promotion of world peace and co operation” (Final Communique of the Asian-African Conference. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. *Asia-Africa speaks from Bandung*. 1955, p. 166).

³⁸. “The Asian-African Conference deplored the policies and practices of racial segregation and discrimination which form the basis of government and human relations in large regions of Africa and in other parts of the world. Such conduct is not only a gross violation of human rights, but also a denial of the dignity of man. The Conference extended its warm sympathy and support for the courageous stand taken by the victims of racial discrimination, especially by the peoples of African and Indian and Pakistani origin in South Africa; applauded all those who sustain their cause; re-affirmed the determination of Asian-African peoples to eradicate every trace of racialism that might exist in their own countries; and pledged to use its full moral influence to guard against the danger of falling victims to the same evil in their struggle to eradicate it” (Final Communique of the Asian-African Conference. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. *Asia-Africa speaks from Bandung*. 1955, p. 165).

³⁹. UN General Assembly. Treatment of Indians in the Union of South Africa. A/RES/44(I), 52nd plenary meeting, 8 Dez. 1946. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/209760>.

⁴⁰. JACKSON, Peter; FAUPIN, Mathieu. *The United Nations Role in Fighting Racism and Racial Discrimination*. The Ardent, v. 1, n. 1, pp. 1-8, 2008, p. 2.

⁴¹. UN General Assembly. Treatment of people of Indian origin in the Union of South Africa. Res.395(V).315th plenary meeting, 2 Dez. 1950. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/059/93/pdf/nr005993.pdf?token=wgPrAPBB4theUgTd&fe=true>.

⁴². “The right of self-determination must be enjoyed by all peoples, and freedom and independence must be granted, with the least possible delay, to those who are still dependent peoples” (Final Communique of the Asian-African Conference. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. *Asia-Africa speaks from Bandung*. 1955, p. 168).

⁴³. “1. Respect for fundamental human rights and for the purposes and principles of the Charter of the United Nations. 2. Respect for the sovereignty and territorial integrity of all nations” (Final Communique of the Asian-African Conference. In: Ministry of Foreign Affairs, Republic of Indonesia. *Asia-Africa speaks from Bandung*. 1955, p. 168).

⁴⁴. Report of the Drafting Committee to the Commission on Human Rights, ECOSOC document E/600, Annex B and Article 25 (The Colonial Territories).

⁴⁵. “The question before the Committee was not whether it was right or wrong that a colonial system should still exist in the twentieth century but merely whether, with such a system in existence, a colonial clause should be incorporated in the covenant” (UNGA, 5th Session, 3rd Committee, 293rd Meeting (A/C.3/SR.293), 26 October 1950, p. 150. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/816733?ln=en>).

⁴⁶. SIMPSON, Alfred William Brian. *Human rights and the end of empire: Britain and*

the genesis of the European Convention. Oxford University Press, 2004, p. 489-490; NORMAND, Roger; ZAIDI, Sarah. Human rights at the UN: The political history of universal justice. Indiana University Press, 2008, p. 230-231.

⁴⁷. “He warned the Committee against omitting any territorial clause, which would represent a double alternative disadvantage. It might subject countries inhabited by different peoples to uniform obligations, and the standards that they adopted for their legislation would be those applicable to peoples still in the lowest stage of development ; or in the case, for example, of a convention on the rights of the family, it would involve transformations that might require several months in metropolitan France but could only be carried out in the overseas territories after a long period of time and then under conditions that might endanger public order, since the peoples would not be ready for such changes. In either case, such measures would run the risk of retarding human progress” (UNGA, 5th Session, 3rd Committee, 294th Meeting (A/C.3/SR.294), 26 October 1950, Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/816739>).

⁴⁸. “The Indian delegation was the more strongly opposed to the insertion of the colonial clause because it was precisely in the Non-Self-Governing Territories and in the colonies that the covenant should be specially applied, since it was there that violations of human rights were unfortunately most frequent. The question of the colonial clause directly affected millions of defenceless individuals who suffered in silence and whose position would still be one verging on degradation if the special organs of the United Nations had not been moved to take their part” (UNGA, 5th Session, 3rd Committee, 293rd Meeting (A/C.3/SR.293), 26 October 1950, p. 150. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/816733?ln=en>).

⁴⁹. UNGA, Resolution 422 (V), Territorial application of the International Covenant on Human Rights (A/RES/422(V)), 317th Plenary Meeting, 04 Dec. 1950. Disponible en: <https://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/5>.

⁵⁰. UNGA, Draft first international covenant on human rights and measures of implementation (A/C.3/SR.302), 5th Session, 3rd Committee, 302 Meeting, 2 November 1950. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/817419?ln=en>.

⁵¹. “Mr. PAZHAWAK (Afghanistan) said that his delegation regarded colonialism as a flagrant violation of the most sacred rights of the individual. In depriving peoples of their rights to govern themselves, colonial Powers often violated the right to life and liberty and many other fundamental rights of the individual” (UNGA, 5th Session, 3rd Committee, 296th Meeting, (A/C.3/SR.296), 27 October 1950. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/816744?ln=en>).

⁵². “He emphasized the relation between individual rights and the collective right of peoples to self-determination - the further people progressed towards self-determination the more they would respect human rights and vice versa. Mankind would be richer if the non-self-governing peoples obtained greater independence” (UNGA, 6th session: 3rd Committee, 370th meeting, (A/C.3/SR.370) Wednesday, 19 December 1951, Palais de Chaillot, Paris, Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/738846?ln=en>).

⁵³. “Whereas the right of peoples and nations to self-determination is a prerequisite to the full enjoyment of all fundamental human rights” (UNGA, Resolution 637 (VII), The right

of peoples and nations to self-determination (A/RES/637(VII)[A]), Adopted 40-14-6, 403rd plenary meeting. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/666117>).

⁵⁴ “At the beginning of his speech, he had said that the covenants should not normally deal with rights which did not appear in the Universal Declaration of Human Rights. That statement was most forceful when applied to the inclusion of the highly political principle of the right of peoples to self-determination” (UNGA, 9th session : 3rd Committee, 566th meeting, Thursday, 28 October 1954, New York (A/C.3/SR.566), Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/732511?ln=en>).

⁵⁵ “The subject of the current debate was human rights. In most cases the exercise of those rights depended upon the exercise of a fundamental right-the right of self-determination of peoples and nations. That was a proposition which no one could deny. The French occupied the territories of North Africa as if they had been presented with them by God, as if they had a right to them. They invoked laws and principles. He called upon them to come down from their ivory tower, to face the realities of life and of history, in short, to acknowledge that the current widespread bloodshed and revolutions were. Due to the fact that the fundamental right of the self-determination of peoples was not being respected. He had felt obliged to speak at length in order to make clear that the exercise of human rights was in the first place dependent upon the liberation of oppressed peoples” (UNGA, 9th session: 3rd Committee, 566th meeting, Thursday, 28 October 1954, New York (A/C.3/SR.566), Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/732511?ln=en>).

⁵⁶ “to study ways and means which would ensure the right of peoples and nations to self-determination” (UNGA, Draft 1st International Covenant on Human Rights and measures of implementation : revised amendment to the joint draft resolution submitted by Brazil, Turkey and the United States of America (A/C.3/L.76) / Afghanistan and Saudi Arabia (A/C.3/L.88/Rev.1), 7 Nov. 1950, Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/746215?ln=en>).

⁵⁷ UN Commission on Human Rights. Report of the 10th session, 23 February-16 April 1954 (E/2573; E/CN.4/705) (10th sess. 1954: New York). Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/220218?ln=en>).

⁵⁸ UN, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 diciembre 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

⁵⁹ “The above provisions, in particular paragraph 2, thus confirm and emphasize that the application of the right of self-determination requires a free and genuine expression of the will of the peoples concerned” (Corte Internacional de Justicia. Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12, párrafos 55).

⁶⁰ CASSESE, Antonio. Self-determination of peoples: A legal reappraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 50-52.

⁶¹ Summary Records of the Commission on Human Rights, 502nd meeting, 22 April 1955, E/CN.4/SR.502, Philippines.

⁶² “Mr. BAROODY (Saudi Arabia) said that self-determination was not an internal question. In an independent country, tyranny always carried with in itself the seed of its own destruction. The test of the effective exercise of the right to self-determination was whether the

people in question was subject to the domination of a foreign Power” (UNGA, 12th session, official records, 3rd committee, 822nd meeting, Wednesday, 27 November, 1957, New York (A/C.3/SR.822) Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/863051?ln=en>).

^{63.} “There was no democracy in the absolute sense of the term (...) The right to self-determination implied that it was wrong for a country, nation or people to subdue another country, nation or people. The peoples of some of the territories which had not yet attained a full measure of self-government were not complaining” (UNGA, 12th session, official records, 3rd committee, 824th meeting, Friday, 29 November, 1957, New York (A/C.3/SR.824), Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/863068?ln=en>).

^{64.} “The peoples of these countries have the right to national independence; nevertheless, they are still without rights, they are still kept in the stocks. In these countries, violence and Lawlessness reign as before; in these countries the highest law is profit for foreigners. Their interest is all, and the inalienable rights of man and people are nothing” (Declaration on the Grant of Independence to Colonial Countries and Peoples / submitted by Mr. N.S. Khrushchev, Chairman of the Council of Ministers of the USSR, Chairman of the USSR Delegation, on 23 September 1960 for consideration by the United Nations General Assembly at its 15th session (A/4502), Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1304820?ln=en>).

^{65.} “1. The subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a denial of fundamental human rights, is contrary to the Charter of the United Nations and is an impediment to the promotion of world peace and co-operation; 2. All peoples have the right of self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development; 3. Inadequacy of political, economic, social or educational preparedness should never serve as a pretext for delaying independence. Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples: draft resolution / Afghanistan, Burma, Cambodia, Ceylon, Chad, Cyprus, Ethiopia, Ghana, Guinea, India, Indonesia, Iran, Iraq, Jordan, Lebanon, Liberia, Libya, Morocco, Nepal, Nigeria, Pakistan, Saudi Arabia, Sudan, Togo, Tunisia and Turkey (A/L.323), 28 nov. 1960. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1307123>).

^{66.} UNGA, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (A/RES/1514(XV)), 947th plenary meeting, 14 Dec. 1960. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/206145?ln=en>).

^{67.} UNGA, Principles which should guide Members in determining whether or not an obligation exists to transmit the information called for under Article 73e of the Charter (A/RES/1541(XV)), 948th plenary meeting, 15 Dec. 1960. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/206178?ln=en>).

^{68.} UNGA, The situation with regard to the implementation of the Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples (A/RES/1654(XVI)), 1066th plenary meeting, 27 Nov. 1961, Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/205648?ln=en>).

^{69.} “The subsequent development of international law in regard to non-self-governing territories as enshrined in the Charter of the United Nations made the principle of self-determination applicable to all of them.” (Corte Internacional de Justicia. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding

Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, párrafo 52).

⁷⁰ “57. General Assembly resolution 1514 (XV) provided the basis for the process of decolonization which has resulted since 1960 in the creation of many States which are today Members of the United Nations. It is complemented in certain of its aspects by General Assembly resolution 1541 (XV), which has been invoked in the present proceedings” (Corte Internacional de Justicia. Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12, párrafos 57 e 59).

⁷¹ “4. All armed action or repressive measures of all kinds directed against dependent peoples shall cease in order to enable them to exercise peacefully and freely their right to complete independence, and that the integrity of their national territory shall be respected,” (UNGA, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (A/RES/1514(XV)), 947th plenary meeting, 14 Dec. 1960. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/206145?ln=en>).

⁷² “Any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations.” (UNGA, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (A/RES/1514(XV)), 947th plenary meeting, 14 Dec. 1960. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/206145?ln=en>).

⁷³ “Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.” (UNGA, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (A/RES/2625(XXV)), (25th sess.: 1970). Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/202170?ln=en>)

⁷⁴ “Should be the result of a free and voluntary choice by the peoples of the territory concerned expressed through informed and democratic processes.” (UNGA, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (A/RES/1514(XV)), 947th plenary meeting, 14 Dec. 1960. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/206145?ln=en>).

⁷⁵ “The validity of the principle of self-determination, defined as the need to pay regard to the freely expressed will of peoples, is not affected by the fact that in certain cases the general assembly has dispensed with the requirement of consulting the inhabitants of a given territory. Those instances were based either on the consideration that a certain population did not constitute a ‘people’ entitled to self-determination or on the conviction that a consultation was totally unnecessary, in view of special circumstances.” (Corte Internacional de Justicia. Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12).

⁷⁶ “The territory of a colony or other Non-Self-Governing Territory has, under the Charter, a status separate and distinct from the territory of the State administering it; and such separate and distinct status under the Charter shall exist until the people of the colony or

Non-Self-Governing Territory have exercised their right of self-determination in accordance with the Charter, and particularly its purposes and principles.” (UNGA, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (A/RES/2625(XXV)), (25th sess.: 1970). Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/202170?ln=en>)

^{77.} ANGHIE, Antony. “Bandung and the origins of Third World Sovereignty”. In: ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael Fakhri; NESIAH, Vasuki. *Bandung, Global History, and International Law: Critical Pasts and Pending Futures*. New York: Cambridge University Press, 2017.

^{78.} OKAFOR, Obiora Chinedu. “The Bandung Ethic and International Human Rights Praxis: Yesterday, Today and Tomorrow”. In: ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael Fakhri; NESIAH, Vasuki. *Bandung, Global History, and International Law: Critical Pasts and Pending Futures*. New York: Cambridge University Press, 2017.

Sobre el autor

João Henrique Ribeiro Roriz



Profesor adjunto en el curso de Relaciones Internacionales y en los programas de posgrado en Ciencia Política y Derechos Humanos de la Universidad Federal de Goiás. Pasantía posdoctoral en la Universidad de Oxford (Beca CAPES, 2015-2016) y en la Universidad de Brasilia (Beca FAPEG, 2021-2022). Coordinador

de investigación de la Cátedra Sérgio Vieira de Mello de la UFG. Actualmente es miembro de la junta directiva de la Asociación Brasileña de Relaciones Internacionales (ABRI). Se interesa por el derecho internacional, los derechos humanos y las migraciones, principalmente desde perspectivas críticas e históricas

Sumario

- I.** *Introducción;*
- II.** *La situación actual del arbitraje internacional;*
- III.** *La ecuación política del arbitraje transnacional;*
- IV.** *¿Cuán transnacional es el arbitraje transnacional?;*
- V.** *Los desafíos del arbitraje transnacional;*
- VI.** *Reflexiones finales.*



**Diego P.
Fernández Arroyo***

El arbitraje transnacional: del exitoso presente al futuro incierto

I. Introducción

El arbitraje internacional ha crecido y evolucionado en las últimas décadas al punto de convertirse en el principal mecanismo para resolver una amplia panoplia de controversias internacionales, y respecto de algunas materias, con rango de jurisdicción casi exclusiva. Esta expansión no fue solo geográfica sino también material, y de escala global. En la transición a lo que conocemos como el arbitraje contemporáneo, se forjaron una serie de atributos que permiten su adecuado funcionamiento y que podemos considerar esenciales. Sin embargo, esta expansión también aumentó exponencialmente la exigencia de los usuarios, así como el escrutinio del arbitraje en diversos frentes.

En este contexto, se han planteado algunos interrogantes que todavía se mantienen latentes. Por un lado, encontramos los cuestionamientos

sobre la legitimidad de este mecanismo que opera fuera de las cortes estatales que, al margen de si son justos o injustos, es importante atenderlos para que el arbitraje pueda adecuarse a las exigencias de la época. Por otro lado, respecto al funcionamiento del arbitraje, todavía se discute si puede concebirse como un verdadero ordenamiento transnacional, lo cual depende de su grado de vinculación con (o dependencia de) los ordenamientos nacionales, lo cual no es meramente teórico, sino que trae innumerables y decisivas consecuencias prácticas. A estas cuestiones sobre el estado actual del arbitraje, se le suman algunos interrogantes sobre los desafíos que enfrenta a futuro, ante una realidad tan cambiante, como su excesiva regulación o el uso de la inteligencia artificial.

Este curso trata del camino recorrido por el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en la

esfera global, (i) explicando las ventajas que le permitieron destacarse sobre otros foros e impulsaron su apogeo, y los atributos que fue desarrollando como habituales (y quizás esenciales); (ii) analizando algunas asignaturas pendientes, como los discursos sobre su legitimidad y su ambición de consagrarse como un ordenamiento transnacional; y (iii) planteando algunos desafíos actuales y otros que seguramente se plantearán en un futuro cercano.

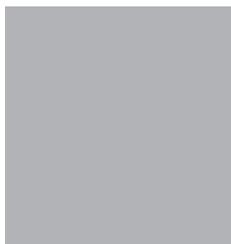
II. La situación actual del arbitraje internacional

1. La expansión geográfica y material del arbitraje

Desde los años cincuenta del siglo pasado, los poderes públicos estatales, así como las organizaciones internacionales (gobernadas por Estados) han abrazado y apoyado al arbitraje, confirmando así su extraordinaria potencialidad en la promoción del comercio, a través de la resolución eficiente, previsible y relativamente armonizada de las controversias mercantiles internacionales. Lo han hecho en diversas maneras, especialmente creando marcos legales favorables para su desarrollo, tanto a nivel

nacional como internacional y sosteniendo la creación de instituciones arbitrales sólidas.

Ciertos instrumentos elaborados bajo los auspicios de las Naciones Unidas fueron claves para el éxito del arbitraje, en particular: (i) la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (de 1958) (“Convención de Nueva York”), hoy ratificada por más de 170 Estados¹; (ii) el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) (de 1976 con sus modificaciones ulteriores), que inspiró muchos otros reglamentos de instituciones arbitrales y que ha sido ampliamente utilizado en todo tipo de arbitrajes; y (iii) la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (modificada en 2006) (“Ley Modelo”), que sirvió de inspiración para las leyes de arbitraje de aproximadamente 100 Estados². Estos instrumentos consagraron los principios fundamentales para el adecuado funcionamiento del moderno arbitraje internacional. Sobre esa base, aunque a distinto ritmo, la inmensa mayoría de los Estados fueron modernizando sus legislaciones arbitrales y desarrollando tendencias judiciales favorables al arbitraje.



Como consecuencia, en las últimas décadas se dio una notable expansión geográfica del arbitraje a nivel global³. Ello también abrió camino a una suerte de competencia entre las distintas jurisdicciones para destacarse como sedes arbitrales preferidas. Así, los Estados, tanto individual como colectivamente, realizaron un gran aporte para posicionar al arbitraje como el método preferido de resolución controversias internacionales para una gran variedad de materias. Hoy en día, se observa fácilmente que gran parte (sino la mayoría) de las disputas comerciales más relevantes o significativas (sea por su monto, complejidad, o trascendencia) se resuelven mediante arbitraje⁴. Por tanto, el arbitraje tiene un impacto legal, económico y social, de alcance global⁵.

La expansión del arbitraje no ha sido meramente geográfica, sino también material. El espectro de tipos de disputas que pueden someterse a

“Hoy en día, se observa fácilmente que gran parte (sino la mayoría) de las disputas comerciales más relevantes o significativas (sea por su monto, complejidad, o trascendencia) se resuelven mediante arbitraje. Por tanto, el arbitraje tiene un impacto legal, económico y social, de alcance global.”

arbitraje se fue ampliando progresivamente, y cuestiones que originalmente no eran arbitrables, ahora lo son o existen menos limitaciones para ello, dependiendo de cada ordenamiento jurídico estatal⁶. Algunos ejemplos conocidos son los referidos a cuestiones: (i) sobre derecho de la competencia; (ii) societarias; (iii) de insolvencia; (iv) de consumo; (v) laborales;

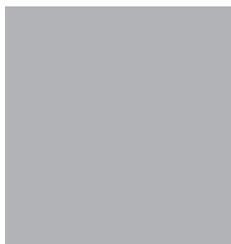
y (vi) civiles o de familia (las últimas tres algo más controvertidas). Similar es la evolución de las cuestiones que involucran interés público, o – desde otra perspectiva – que afectan el orden público, cuya arbitrabilidad se ha ido ampliando paulatinamente, aceptándose en general que los árbitros decidan estas cuestiones, sin perjuicio del control judicial posterior.

De la mano de todo lo anterior, la comunidad arbitral ha crecido en todos los aspectos imaginables, incluyendo la cantidad y diversidad de abogados especialistas en arbitraje, árbitros independientes, instituciones arbitrales generalistas y especializadas, asociaciones profesionales, programas de estudios, eventos profesionales y académicos, empresas que prestan servicios específicos a la comunidad arbitral, etc.⁷. Es sabido también que la figura típica del árbitro del inicio de la era moderna del arbitraje internacional (hace más o menos medio siglo), que era la de un prestigioso profesor, ha mutado a la figura ampliamente dominante del árbitro que es a la vez abogado, en general de una firma de abogados multinacional. Todo esto ha radicalmente cambiado el arbitraje internacional. De aquel mecanismo que era escogido excepcionalmente por algunas empresas sofisticadas para resolver asuntos particulares,

poco queda. Hoy la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos y todo tipo de acuerdos internacionales se ha vuelto rutinaria; lo raro es no encontrarlas. Como toda situación de crecimiento exponencial, la metamorfosis no está exenta de riesgos y conflictos. El círculo virtuoso siempre está a un paso de viciarse. Y tanto la comunidad arbitral como los Estados tienen que estar atentos para que el tren no se descarrile.

2. Las características “esenciales” del arbitraje contemporáneo

Con su expansión geográfica y material, el arbitraje moderno fue forjando ciertos atributos que se volvieron, con o sin razón, habituales y, en algunos casos, llegaron a ser consideradas esenciales. Estos atributos surgen (directa o indirectamente) de una combinación de diversas fuentes, como la Convención de Nueva York, las legislaciones de arbitraje nacionales (muchas veces inspiradas en la Ley Modelo), los reglamentos de arbitraje utilizados por las partes, y la práctica de los tribunales arbitrales y judiciales. La lista de estos atributos puede diferir sutilmente según quien la prepare, pero los siguientes son algunos de los principales ejemplos.



A) Respecto a cuestiones jurisdiccionales, encontramos las siguientes características: (i) el principio de Kompetenz-Kompetenz que establece el poder de los árbitros de decidir sobre su propia competencia, incluyendo el efecto negativo de este principio que permite a los árbitros hacerlo con prioridad a las cortes de control; (ii) la autonomía o separabilidad de la cláusula arbitral, que implica que la invalidez de un contrato no afecta la validez de la cláusula arbitral contenida en dicho contrato, sino que esta última debe evaluarse separadamente; y (iii) el control limitado del laudo arbitral a unas causales concretas si alguna de las partes plantea su nulidad (en particular, respecto de la jurisdicción arbitral, el principio Kompetenz-Kompetenz juega como una regla de prioridad que no excluye la revisión de la decisión arbitral en sede judicial).

B) En cuanto a cuestiones procesales, se mencionan habitualmente las siguientes características: (i) el derecho de las partes de elegir a los árbitros (directa o indirectamente); (ii) la confidencialidad; y (iii) la aplicación generalizada de la ley de la sede para regular cuestiones procesales no reguladas en el reglamento aplicable a la que se llega a llamar *lex arbitri* (las dos últimas características han sido puestas saludablemente en entredicho en los últimos años).

C) Otras características, más generales, incluyen: (i) la intervención mínima durante el arbitraje de las cortes nacionales (en general, de la sede del arbitraje), sólo en las cuestiones especialmente previstas; (ii) la deferencia a la autonomía de la voluntad (en materia procesal y sustantiva); y (iii) la inmunidad de los árbitros en el ejercicio de sus funciones.

Sin duda, todos estos atributos ayudaron a la construcción del arbitraje moderno. Sin embargo, con la preponderancia que ha logrado el arbitraje globalmente, es difícil justificar que todos sean esenciales, en el sentido de que no podría existir o funcionar sin ellos. En algunos casos, de hecho, funcionaría mejor sin ellos. En particular, (i) las reglas de confidencialidad y de inmunidad absoluta de los árbitros obstaculizan una aprobación de legitimidad genuina; y (ii) la aplicación automática de la ley de la sede para regular el funcionamiento del arbitraje, así como la jurisdicción automática de las cortes de la sede para supervisar el arbitraje, son una suerte de dogmas que impiden al arbitraje consagrarse como un verdadero ordenamiento transnacional. Por tanto, como se desarrolla más abajo, deben repensarse estos aspectos para abrir una nueva etapa de evolución.

III. La ecuación política del arbitraje transnacional

1. Justicia privada vs. privatización de la justicia

En las últimas décadas hemos visto un trasvase desde el foro judicial al foro arbitral de un amplio abanico

de controversias internacionales, privadas, públicas y mixtas. Esta es una de las manifestaciones de la llamada “privatización” de la ejecución del derecho, la cual se desarrolla en paralelo con la privatización de la elaboración del derecho comercial internacional⁸. Para continuar esta tendencia, el arbitraje debe mantener sus ventajas comparativas respecto a otros mecanismos disponibles. En particular, debe evitar caer en la llamada “tecnocratización”, fenómeno en que los jueces se convierten en tecnócratas que aplican criterios excesivamente rígidos del razonamiento jurídico. En efecto, una cosa es conocer las normas de derecho (procesales o sustantivas), y otra cosa es saber cuándo y en qué medida corresponde aplicarlas. Esto último depende de la disputa específica, del contrato subyacente, el contexto en que surgió el mismo, los objetivos comerciales de las partes, las particularidades de la industria relevante, las coyunturas de una realidad determinada, la urgencia de ciertas cuestiones, entre otras sutilezas. Esto de ninguna manera significa que los jueces públicos no estén preparados para resolver disputas internacionales; pero es una realidad que, en muchos Estados, los jueces suelen especializarse en un área del derecho (por ejemplo, actuando dentro de marcos

jurisdiccionales especializados de derecho civil, comercial o administrativo) y no tanto en industrias específicas, tienen un abrumador caudal de casos que limita su disponibilidad, y el tenor de los mismos es primordialmente local⁹.

Tratándose de controversias internacionales, las partes suelen buscar algo más que la estricta y aislada aplicación del derecho sustantivo y procesal. Entre otros motivos, recurren al arbitraje porque pueden (directa o indirectamente) seleccionar árbitros (i) que tienen conocimiento del negocio y la industria, de los usos y principios relevantes, de la psicología de los comerciantes, con buena reputación y experiencia en situaciones similares¹⁰; y (ii) que podrán adaptar el proceso a medida, considerando las necesidades y preferencias de las partes (por ejemplo, un caso sobre una construcción en curso o vinculado con una actividad de una start up tecnológica puede requerir plazos particularmente cortos). De modo que la tarea encomendada a un árbitro es muy distinta a la de un tecnócrata.

Así las cosas, el arbitraje no es (o no debe ser) solo un trasvase de la justicia estatal a una sala privada. Se trata de mucho más que eso. Por tanto, el

arbitraje debe continuar aceptando todos sus engranajes para no caer en la tecnocracia, estar atento a las exigencias de los tiempos, y convertirse en un verdadero ordenamiento transnacional, que, aunque beba en las aguas de los derechos nacionales y del derecho internacional, se diferencie de ellos, sobre todo por la priorización de las mejores reglas, principios y prácticas. Esta “privatización” virtuosa de la justicia (que, en realidad, sólo funciona cuando mantiene un diálogo fluido y cooperativo con la justicia estatal) requiere resolver ciertas cuestiones sobre la legitimidad del arbitraje, como se discute en la siguiente sección.

2. Los discursos sobre la legitimidad del arbitraje internacional

Con la expansión del arbitraje también aumentó el escrutinio sobre su legitimidad como método para resolver controversias¹¹. Esto se dio principalmente respecto del arbitraje de inversión, debido al involucramiento de los Estados y su impacto más evidente en cuestiones de interés público y en medidas adoptadas por el poder público. En los últimos quince años, justo cuando el arbitraje de inversión comenzaba a demostrar su potencial

“el arbitraje debe continuar aceptando todos sus engranajes para no caer en la tecnocracia, estar atento a las exigencias de los tiempos, y convertirse en un verdadero ordenamiento transnacional, que, aunque beba en las aguas de los derechos nacionales y del derecho internacional, se diferencie de ellos, sobre todo por la priorización de las mejores reglas, principios y prácticas.”

concitando el interés de inversores en buena parte del mundo, una tormenta de cuestionamientos lo empujó al borde de la cornisa, amenazando su propia existencia. Si bien esos cuestionamientos salpicaron un poco al arbitraje comercial, este logró mantenerse relativamente al margen. Seguramente por eso, los intentos de reformar el arbitraje comercial han sido bastante más tímidos que en el arbitraje de inversión; y, desde ya, las soluciones propuestas para este no son directamente trasladables a aquel¹². Sin embargo, la legitimidad del arbitraje

comercial no deja de ser una asignatura pendiente si pretende convertirse en un verdadero ordenamiento transnacional, pues cualquier ejercicio de autoridad requiere legitimidad.

Conforme al diccionario, el término “legitimidad” refiere a la “legalidad”, “validez”, o “autenticidad”¹³. En el marco de esta discusión, usualmente nos referimos, no sólo a que el recurso al arbitraje sea acorde a la ley, sino también a que esté justificado, sea confiable, y, sobre todo, tenga aprobación general. En esto último radica el punto esencial de la legitimidad; en otras palabras, la legitimidad del arbitraje tiene mucho que ver con la percepción generalizada (de los usuarios, de los Estados, de las organizaciones internacionales, del público en general) de su legalidad, eficiencia y necesidad. Por años, la doctrina se ha esforzado en buscar las fuentes de esa legitimidad. En general, se han identificado tres supuestas fuentes: (i) la autonomía de la voluntad, pues el arbitraje nace del consentimiento de las partes; (ii) el uso generalizado de cláusulas arbitrales en los contratos internacionales, en tanto demuestra la preferencia de los usuarios; y (iii) su efectividad, la cual comprueba que cumple las expectativas de los usuarios, retroalimentando las dos primeras.

Por más verdaderas y valiosas que son estas cualidades, es difícil encontrar en ellas una fuente de legitimidad. La autonomía de la voluntad y el uso masivo de las cláusulas arbitrales muestran, como máximo, la percepción de la legitimidad por parte de los usuarios, pero no explican realmente una legitimidad intrínseca. La efectividad, por su parte, muestra más bien el resultado satisfactorio de recurrir al arbitraje, pero nada dice sobre si dicho recurso es legítimo o no, en primer lugar¹⁴. El arbitraje no puede conformarse con que las partes lo elijan o con ser efectivo; como método de resolución de controversias, debe revestir una legitimidad institucional equivalente a otros sistemas. Los árbitros internacionales no sólo resuelven disputas específicas que afectan a las partes, sino que son un órgano de gobernanza global (tanto más cuando se toma en consideración el carácter de jurisdicción cuasi exclusiva que el arbitraje ha alcanzado en ciertas materias) y, como tal, deben contribuir a valores más amplios como el estado de derecho, la democracia, e incluso los derechos humanos¹⁵. Por eso no es raro que el discurso sobre la legitimidad del arbitraje alcance algunas veces perfiles políticos acentuados¹⁶.

La tarea de legitimar el arbitraje no debe confundirse con alegar su perfección, pues ningún mecanismo de resolución de disputas es perfecto¹⁷. Como alguna vez se dijo, “el arbitraje es la peor de las formas de resolución de disputas internacionales, salvo por todas las otras formas que se han intentado de tanto en tanto”¹⁸. Si bien son varios los elementos del arbitraje que informan su legitimidad, hay cuatro vectores que sirven como sus verdaderos pilares: (i) la transparencia; (ii) la consistencia; (iii) la responsabilidad de los participantes, en particular de los árbitros; y (iv) la diversidad¹⁹.

A) Transparencia. La transparencia ofrece una base más firme de legitimidad, al permitir un mejor control del arbitraje²⁰. No me refiero aquí al control estatal, que siempre está latente mediante los procedimientos de

“...la legitimidad del arbitraje tiene mucho que ver con la percepción generalizada (de los usuarios, de los Estados, de las organizaciones internacionales, del público en general) de su legalidad, eficiencia y necesidad.”

anulación y de ejecución de laudos²¹, sino a uno de alcance general de parte de todos los participantes del arbitraje, incluyendo a los usuarios, los abogados, los árbitros, las instituciones arbitrales, e incluso la sociedad civil. Para ello, la transparencia debería alcanzar, (i) por lo menos, la revelación de los nombres de los árbitros, de los abogados, y de los expertos, e (ii) idealmente, también los hechos del caso, y la decisión del tribunal con su razonamiento. Esto último puede hacerse anonimizando la identidad de las partes, así como cualquier información sensible (como proyectos de negocio, o estados contables). Así se lograría un control generalizado, mediante el conocimiento de los árbitros, su disponibilidad, su experiencia, y el riesgo de conflictos de intereses, entre otras cuestiones. Ello, además de poder conocerse los precedentes. Esta información es clave para desarrollar el arbitraje y el derecho sustantivo²².

Tradicionalmente, la regla ha sido que los arbitrajes y los laudos son confidenciales a menos que las partes consientan su publicación²³. La confidencialidad se instaló desde temprano como un principio del arbitraje comercial, principalmente porque este suele involucrar a partes privadas cuyos negocios también

son confidenciales. Sin embargo, estos motivos son un tanto simplistas porque no es cierto que el arbitraje comercial nunca involucre a Estados, entidades estatales, ni el interés público, y no se explica cómo los usuarios podrían verse afectados por la publicación de laudos anónimos.

Es por eso que no debe sorprender que, en los últimos tiempos, la transparencia haya ganado considerable terreno. Uno de los primeros pasos fue aquel de la London Court of Arbitration (“LCIA”) de publicar decisiones anónimas sobre recusaciones de árbitros. Más recientemente, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) comenzó a publicar los nombres de los árbitros, el método de su designación, el nombre de los abogados, y los sectores involucrados en sus casos²⁴. Además, algunos nuevos reglamentos arbitrales prevén la confidencialidad sólo a solicitud de las partes²⁵.

Aunque la tendencia hacia la transparencia es notable, incluyendo las iniciativas relativas a la publicidad de los laudos, la práctica muestra que, en general, las partes prefieren no hacerlo, aunque para preservar su identidad y no el propio caso²⁶. Esa preferencia es

respetable, y el verdadero problema es cuando los usuarios solo tienen una elección binaria entre publicar o no el laudo, sin soluciones intermedias, como la redacción de sus nombres y de cualquier información confidencial. Así, la CCI ha tomado la iniciativa de fomentar una mayor publicidad de laudos anónimos, mediante una colaboración con una plataforma de búsqueda especializada (Jus Mundi)²⁷. Estas iniciativas muestran un avance en la dirección correcta, aunque tomará tiempo lograr un verdadero cambio de paradigma que permita lo que podríamos llamar un mejor control de legitimidad.

B) Coherencia. La coherencia de las decisiones (que, obviamente, nunca llega a ser absoluta²⁸) es fundamental en un ordenamiento jurídico sólido, pues es la contracara de la expectativa de seguridad jurídica. Es por eso que puede funcionar como fuente de legitimidad del arbitraje, desvirtuando la impresión que parece tenerse a veces de que los árbitros deciden con total desapego a la evolución de las nociones jurídicas. En la práctica, siempre que los árbitros tienen acceso a precedentes que han tratado las mismas cuestiones que les toca resolver (porque alguna parte los ha invocado), suelen al menos considerarlos, sea para seguirlos o para explicar por qué

“...verdaderos pilares:
(i) la transparencia; (ii) la consistencia; (iii) la responsabilidad de los participantes, en particular de los árbitros; y (iv) la diversidad.”

no corresponde hacerlo²⁹. Ahora bien, la aplicación automática de los precedentes es tan indeseable como la falta de ella; el uso casual, vago o impreciso de los precedentes (por ejemplo, sin considerar las diferencias del marco fáctico) no agrega valor real. Tampoco la doctrina de los precedentes vinculantes (*stare decisis*), donde la coherencia se basa principalmente en la jerarquía de los tribunales. En cambio, es más valioso un sistema donde los precedentes sean seguidos en virtud de su relevancia (por tratarse de casos comparables), y su persuasión (por la razonabilidad de sus fundamentos)³⁰. Por supuesto, esto se vincula con la necesidad de mayor transparencia; a medida que más laudos vean la luz, los árbitros deberían considerarlos, juzgar su relevancia y persuasión, y, cuando corresponda, aplicarlos. Ello llevaría a mejores decisiones, una línea jurisprudencial consistente, y mayor legitimidad³¹.

C) Responsabilidad de los árbitros.

Los actores del arbitraje, principalmente los árbitros, deben responder por el rol crucial que ocupan. Esto es clave para legitimar el arbitraje, pues no hay motivo para que los árbitros no sean tan responsables como sus colegas públicos³². No por el riesgo de situaciones extremas (como la corrupción), sino también de otras posibles falencias en el ejercicio de sus funciones, que, si bien son aisladas, ocasionalmente ocurren³³. Lo que se requiere es una responsabilidad “subjetiva”, vinculada a la neutralidad y al comportamiento de los árbitros³⁴, y no “objetiva” respecto al laudo. A su vez, esta responsabilidad puede ser exógena o endógena. La primera refiere al control del Estado, y se garantiza mediante los procesos de anulación y ejecución de laudos. La segunda refiere al control interno del propio ordenamiento arbitral y de sus usuarios³⁵. Si bien la responsabilidad endógena se potencia con la presión exógena, la comunidad arbitral debe reforzar sus mecanismos de autocontrol³⁶. Cada vez se dan más pasos en este sentido; por ejemplo, indagando sobre la disponibilidad real de los árbitros, o aplicando estándares exigentes de independencia e imparcialidad³⁷.

Muchos reglamentos arbitrales prevén la “no responsabilidad” de los

árbitros³⁸. Esta inmunidad, sin embargo, no es absoluta, y se limita a proteger al árbitro de presiones que puedan comprometer sus funciones; por ejemplo, liberándolo de ser llamado a testificar en procedimientos judiciales vinculados al arbitraje. Algunas leyes nacionales prevén la responsabilidad civil y penal de los árbitros en caso de negligencia grave³⁹. Por ejemplo, hace unos años, el Tribunal Supremo español determinó la responsabilidad de dos árbitros por haber excluido de las deliberaciones al tercer árbitro (lo que ocasionó la anulación del laudo), y les ordenó reembolsar sus honorarios⁴⁰.

Si bien el foco principal está en la responsabilidad de los árbitros, el mismo rigor debe caer sobre las instituciones arbitrales, las partes, y sus abogados, por ejemplo, respecto a sus obligaciones éticas. Desde ya, si estas decisiones son correctas o no bajo el derecho aplicable es una cuestión que corresponde a las cortes competentes; lo relevante es que existan mecanismos para que los actores del arbitraje respondan cuando sea necesario. Tanto para aumentar su legitimidad, como para consolidarse como un ordenamiento transnacional, la comunidad arbitral debería reforzar sus mecanismos de control endógenos para lo cual la transparencia es fundamental.

Soy consciente de que este discurso puede sonar totalmente ingenuo o basado en una absoluta desinformación, a poco que se tenga en cuenta lo ocurrido en algunos países de nuestra región en relación con casos en los cuales árbitros prestigiosos han sido perseguidos penalmente por razones que no tienen nada que ver con su negligencia o su conducta. Infelizmente, nadie está exento de que partes perdidosas utilicen recursos torticeros totalmente infundados para resistir la eficacia de los laudos arbitrales, ni de que los medios disponibles judicialmente se utilicen de modo indebido, incluso por parte del ministerio público, para influir en el desarrollo y en el resultado de procesos arbitrales. Estas situaciones repudiables, no deberían sin embargo ensombrecer el progreso de un discurso más responsable de la actuación de árbitros e instituciones arbitrales.

D) Diversidad. Si bien ha habido avances notables al respecto, otro de los cuestionamientos a la legitimidad del arbitraje suele llamar la atención acerca de la limitada diversidad de la nómina de árbitros. A menudo se habla del “club de árbitros” porque pareciera que las mismas personas son designadas en la mayoría de los casos de mayor relevancia. Esta situación ha

sido más notoria en el arbitraje de inversión por la publicidad de los casos y por el antagonismo entre la posición de los Estados y los inversores, aunque también se presenta en el arbitraje comercial. En ambos campos, es innegable que una mayor diversidad geográfica, cultural, étnica, y generacional de los árbitros podría impactar positivamente tanto en la calidad del arbitraje como en la percepción del público, aumentando la legitimidad⁴¹. Aunque parece haber consenso al respecto, la implementación de estas ideas es un proceso lento porque al proponer un candidato a árbitro, siempre existe la tentación de atarse a quienes han probado estar calificados, en lugar de arriesgarse a descubrir las calificaciones de un nuevo candidato. Esto es entendible desde la óptica de las partes, quienes quizás tienen un solo arbitraje en toda su historia, pero es menos entendible respecto a abogados, árbitros e instituciones que tienen mayores oportunidades para hacer lugar a nuevos árbitros. Afortunadamente, la comunidad arbitral ha dado pasos firmes en dirección a la diversidad, monitoreando las estadísticas de diversidad y promocionando el perfil de árbitros nuevos. En la práctica, su implementación requiere que las partes, sus abogados, los árbitros, y las instituciones, se aseguren que las

listas de candidatos a árbitro en las que intervienen sean más diversas. Una mayor publicidad de los laudos también permitiría que se conozca el trabajo de nuevos árbitros, aumentando las posibilidades de que sean considerados para futuras designaciones. A todo esto, tal vez debería agregarse un elemento de “comunicación” hacia el mundo exterior. Es que la comunidad arbitral, a pesar de su crecimiento considerable en los últimos años, a veces se encuentra demasiado encapsulada, y si bien toma nota de las críticas externas, las suele discutir internamente y mediante conceptos técnicos propios del sistema arbitral. Esto, desde ya, es valioso para que la propia comunidad arbitral realice los ajustes necesarios, pero aun cuando los hace, no siempre son transmitidos con claridad al público general. Dado que la percepción externa tiene una enorme influencia en la legitimidad del arbitraje, parte de los esfuerzos deberían focalizarse en esta dirección.

En suma, que un arbitraje concreto afecte primariamente a las partes involucradas, no implica que no forme parte de un contexto más amplio. El universo de arbitrajes en su conjunto constituye el centro de la resolución de controversias transnacionales, con un serio impacto en la gobernanza

global. A la justicia pública se le exigen altos estándares de transparencia, consistencia y responsabilidad, y no hay motivo para que no se lo haga con los árbitros. Al contrario, sólo garantizando estas premisas fundamentales (así como la diversidad), el arbitraje podrá alcanzar una legitimidad genuina como ordenamiento transnacional. Esa preocupación auténticamente transnacional puede hacer del arbitraje una herramienta clave para resolución de litigios en los que estén en juego las preocupaciones esenciales de la comunidad internacional, como son los que impactan en cuestiones atinentes a la emergencia climática⁴².

IV. ¿Cuán transnacional es el arbitraje transnacional?

1. Las manifestaciones de la transnacionalidad del arbitraje

A pesar de que el arbitraje se ha convertido en el principal mecanismo de resolución de controversias para un gran número de negocios internacionales, es más discutible que haya logrado consagrarse como un ordenamiento jurídico verdaderamente transnacional. Para ello, el arbitraje debe funcionar de acuerdo con reglas previsibles, adaptadas a sus

peculiaridades, en un contexto en el cual los árbitros (y los jueces cuando se ocupan de cuestiones arbitrales) no recurran necesaria y automáticamente al derecho nacional en todas las situaciones a las que se enfrentan⁴³.

En asuntos internacionales, los usuarios recurren al arbitraje buscando un sistema de resolución de controversias que, por un lado, ofrezca las mismas (o quizás mejores) garantías de debido proceso que las cortes estatales, pero que al mismo tiempo sea más especializado, imparcial, flexible, eficiente, y atento a sus necesidades. Los usuarios también buscan un sistema menos influenciado por las particularidades del derecho nacional. El arbitraje cumple estos requisitos porque ha logrado cierta independencia del derecho interno. Por años, los árbitros, jueces y diversos organismos que elaboran instrumentos de soft law han desarrollado normas arbitrales “transnacionales”. Un ejemplo de ello es el principio de “la competencia de la competencia” (Kompetenz-Kompetenz), que ahora está tan impregnado en el derecho nacional que uno tiende a olvidar que no siempre fue así. Otros ejemplos son las reglas ampliamente uniformes en los principales reglamentos arbitrales, o aquellas de soft law elaboradas por

“A la justicia pública se le exigen altos estándares de transparencia, consistencia y responsabilidad, y no hay motivo para que no se lo haga con los árbitros. Al contrario, sólo garantizando estas premisas fundamentales (así como la diversidad), el arbitraje podrá alcanzar una legitimidad genuina como ordenamiento transnacional.”

la IBA en materia de producción de prueba o conflicto de intereses. Poco a poco, así han ido surgiendo una serie de principios transnacionales⁴⁴.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad parece limitarse a elegir un ordenamiento nacional y un reglamento arbitral de preferencia. Este es un primer paso hacia la transnacionalización, pero el derecho interno todavía influye demasiado en el funcionamiento del arbitraje. Esta dependencia del derecho nacional presenta un problema de conflicto de leyes que deriva en falta de uniformidad, incertidumbre, y riesgo de aplicar

“En asuntos internacionales, los usuarios recurren al arbitraje buscando un sistema de resolución de controversias que, por un lado, ofrezca las mismas (o quizás mejores) garantías de debido proceso que las cortes estatales, pero que al mismo tiempo sea más especializado, imparcial, flexible, eficiente, y atento a sus necesidades.”

soluciones no adecuadas al arbitraje, lo cual atenta contra su vocación de transnacionalidad⁴⁵.

Para completar este proceso todos los participantes del arbitraje deberían combatir algunos dogmas, y convenirse de que la legislación nacional (incluida la ley de la sede), debería ocupar un papel significativamente menor⁴⁶. Cabe entonces preguntarse si existe alguna alternativa al método conflictualista, entendido en su sentido más clásico, es decir, el que consiste en la aplicación mecánica de un determinado ordenamiento estatal. Claro que la hay, mediante la aplicación de

reglas transnacionales diseñadas específicamente para el arbitraje, en lugar de aplicación lisa y llana de reglas de derecho estatal. Otra cosa, diferente, es que las reglas estatales puedan ser importantes en la elaboración del derecho transnacional⁴⁷. Es decir, la verdadera solución requiere identificar en los ordenamientos nacionales y en la práctica arbitral aquellas tendencias predominantes que puedan existir y que se adecuen a las necesidades de los casos transnacionales, darles preponderancia por sobre el derecho nacional en los casos concretos⁴⁸. Para ello, desde ya, es fundamental que el arbitraje presente un alto grado de legitimidad (como se discute más arriba).

El problema, sin embargo, es que, para una gran cantidad de cuestiones todavía no existen reglas transnacionales. Y si bien las partes pueden diseñar sus propias reglas, es impracticable e ineficiente regular todo el universo de potenciales situaciones. Por eso, se debe continuar desarrollando nuevas soluciones transnacionales. Vale aclarar que esas soluciones deben apuntar a cuestiones estructurales para el funcionamiento del arbitraje, evitando caer en una excesiva regulación (o “judicialización”) que neutralice las ventajas del arbitraje,

como la flexibilidad procesal⁴⁹. Esta tarea es más factible desde el soft law, mediante instrumentos especializados y eficientes, como algunos ya consagrados, pues permite un proceso más ágil, basado en la práctica arbitral⁵⁰.

La legitimidad del soft law es a veces cuestionada por no nacer de los procesos legislativos tradicionales. Sin embargo, los procesos de elaboración de soft law son rigurosos, sofisticados, involucran a especialistas, y permiten la participación pública (por ejemplo, algunas instituciones arbitrales invitan al público a comentar sobre los borradores de los documentos que proponen)⁵¹. Obviamente, debe mitigarse el riesgo de que cualquier documento publicado en internet sea considerado soft law, y sólo aquellos instrumentos con ciertas características (respecto a sus autores, proceso de preparación, y contenido) deben considerarse apropiados; pero en la medida que reúnan estas características, no hay nada que impida a los árbitros su aplicación, incluso por el imperio de sus poderes inherentes⁵². El único límite sería la existencia de normas imperativas o principios de orden público que impidan la aplicación de dichos instrumentos. Sin embargo, se trata de un obstáculo más bien teórico, ya que, por un lado, ninguno de ellos

pretende sustituir al derecho estatal internacionalmente imperativo y, por otro lado, en la práctica es altamente improbable que exista una contradicción entre ambos.

Con todo, el arbitraje aún se mantiene demasiado oprimido por el derecho nacional, a veces más de lo que los Estados realmente exigen. Si bien en los últimos tiempos el arbitraje ha transitado a paso firme hacia la dimensión transnacional, todavía resta camino por recorrer. En el estado actual de evolución del arbitraje, es difícil caracterizarlo como un verdadero ordenamiento transnacional. Un aspecto clave de esta cuestión tiene que ver con el rol de la sede, como se discute en la siguiente sección.

2. ¿Es factible el arbitraje sin sede?

Uno de los principales obstáculos en el camino del arbitraje hacia la transnacionalidad es la aplicación casi dogmática del derecho de la sede. Los Estados, tienen un doble rol respecto al arbitraje; son tanto sus promotores, como sus reguladores, y han “cedido” territorio en favor del arbitraje, a cambio de reservarse cierto grado de control⁵³. En efecto, el arbitraje solo

“el arbitraje aún se mantiene demasiado oprimido por el derecho nacional, a veces más de lo que los Estados realmente exigen. Si bien en los últimos tiempos el arbitraje ha transitado a paso firme hacia la dimensión transnacional, todavía resta camino por recorrer.”

puede existir y funcionar mientras los Estados lo permiten, al reconocer los acuerdos arbitrales y los laudos. Esta premisa da lugar a las teorías sobre la relevancia de la sede.

Según una visión clásica, la sede es el alfa y el omega del arbitraje, en tanto el derecho de la sede es la fuente única de su existencia. Esta visión equipara al árbitro con un juez estatal, siendo la sede su “foro”. Del otro extremo, se desarrolló una visión que no reconoce ningún papel a la sede, postulando que el árbitro no tiene foro. Esta teoría, que tuvo su apogeo en los años setenta, considera que el arbitraje puede vivir totalmente desvinculado de cualquier ordenamiento jurídico nacional, rigiéndose únicamente por las

llamadas reglas del comercio internacional y la *lex mercatoria*, y confiando en los mecanismos de ejecución propios de la comunidad internacional de los negocios. Esta visión focaliza en el resultado del arbitraje (y no el origen), y en la comunidad de los Estados (y no en un Estado particular); siempre que el laudo cumpla ciertos requisitos, el mismo será reconocido en uno o varios Estados, confirmando a posteriori los efectos del arbitraje⁵⁴.

Lo cierto es que ninguna de estas visiones se ajusta a la realidad. La primera omite que, a pesar de su dependencia del derecho interno, el arbitraje es una criatura de la autonomía de la voluntad, pues nace con el consentimiento de las partes y se rige principalmente por las normas procesales y sustantivas acordadas por ellas. La segunda ignora que el arbitraje solo existe en la medida que los Estados lo permitan⁵⁵.

Una visión intermedia, en cambio, focaliza en la naturaleza jurídica del arbitraje, concibiéndolo como un mecanismo contractual con implicaciones jurisdiccionales. Esta visión no implica que, por nacer de un contrato, el arbitraje no esté influenciado por el derecho nacional, pero resalta que la relación del arbitraje con la ley

nacional se asemeja más a la de un contrato internacional que a la de un procedimiento judicial. Distinto a los procedimientos judiciales, el arbitraje carece de una conexión intrínseca con un único sistema jurídico que determine su existencia, funcionamiento y efectos. Al igual que con los contratos internacionales, cada Estado es libre de regular el arbitraje tan estricta o liberalmente como desee. La mayoría de los Estados aceptan que un contrato sea regido por la ley elegida por las partes y sometido a las cortes designadas por ellas, sin que ello lo convierta en parte del ordenamiento legal elegido. En esa línea, la elección de una sede no atribuye a ese Estado ningún poder especial⁵⁶. No debe olvidarse que, lejos de ejercer un rol judicial por mandato de un Estado particular, los árbitros administran justicia en beneficio de la comunidad internacional; de modo que, un árbitro actuando hoy en Latinoamérica, no lo hará muy diferente mañana en Asia⁵⁷.

La mayoría de los ordenamientos nacionales contienen una norma estableciendo que su ley arbitral rige los arbitrajes que identifican a ese Estado como sede, y que sus cortes estatales tendrán jurisdicción sobre tales arbitrajes para determinadas cuestiones de apoyo y de control de dicho

arbitraje⁵⁸. Esta no es más que una norma de conflicto de leyes y jurisdicción que, bajo la influencia de la teoría “jurisdiccional”, utiliza la sede como factor de conexión para determinar el ámbito de aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus cortes. Sobre esa base, se considera que sólo el Estado de la sede pretenderá aplicar su legislación y ejercer jurisdicción sobre el arbitraje, y que los demás Estados se abstendrán de hacerlo. Debe reconocerse que esta solución es ampliamente aceptada, aunque sólo se trata de una regla de conducta (que, además, reconoce excepciones en diversos órdenes jurídicos), pues no existe ninguna obligación internacional en este sentido⁵⁹. La Convención de Nueva York no establece una conexión inseparable entre el arbitraje y la sede⁶⁰. El único mérito que podría atribuirse a esta solución es que ofrece cierta certidumbre. Igualmente, no supera el hecho de que las normas domésticas muchas veces no se adaptan a las particularidades del arbitraje y que varíen según la sede, contradiciendo la idea de transnacionalidad⁶¹. En fin, recurrir a la ley de la sede no es la solución más apropiada ni la más confiable, sino solo la más fácil y habitual⁶².

La aplicación de la ley de la sede suele justificarse en que ella es elegida por las partes. Si bien las partes suelen

elegir la sede considerando su “ley de arbitraje” y la actitud de sus cortes, ello no implica que deseen aplicar ese ordenamiento nacional en su totalidad para cuestiones que no están cubiertas por la ley de arbitraje (aplicando, por ejemplo, los códigos procesales). Es por eso que los árbitros no deberían verse obligados por la ley de la sede, ni cualquier otra ley nacional⁶³. En cambio, deberían recurrir a soluciones transnacionales en sintonía con las particularidades del arbitraje, sean inspiradas en derecho positivo, soft law, o en precedentes⁶⁴. Obviamente, esta tarea puede dificultarse cuando tales reglas no existen o no son evidentes, en cuyo caso, los árbitros deben animarse a ejercer sus poderes inherentes e idear soluciones específicas al caso concreto. Como se explicó arriba, la comunidad arbitral debe seguir elaborando tales normas transnacionales. Su uso repetido y responsable las irá haciendo, además, perfectamente previsibles.

Hay quienes comparten esta postura, pero consideran que la libertad de los árbitros encontraría su límite en las normas y principios de orden público de la sede, que siempre deben respetarse⁶⁵. Lo cierto es que podría argumentarse que ni siquiera estas normas son directamente vinculantes, aunque

en la práctica devendrían aplicables si las cortes de la sede asumieran jurisdicción, por ejemplo, en un recurso de nulidad. De todos modos, en todo lo que tiene que ver con el procedimiento arbitral, las cuestiones de orden público usualmente estarán en línea con las normas transnacionales arbitrales, salvo que se trate de normas y principios arbitrarios o idiosincráticos (y por ende “inexportables”) simplemente revestidos de un pretendido orden público⁶⁶.

En la práctica, es difícil imaginar un arbitraje totalmente abstraído del derecho interno, especialmente en tanto resulte necesaria la intervención de las cortes⁶⁷. Un arbitraje podría operar sin sede, si los árbitros aplican normas transnacionales (que pueden provenir de la sede, o de otras fuentes de derecho positivo, de la práctica o del soft law), y no fuera necesaria la intervención de las cortes. Los árbitros normalmente estarán inclinados a aceptar la jurisdicción de control de las cortes de la sede, en tanto estas la ejerzan dentro de los límites legales, puesto que las decisiones de estas cortes pueden tener implicancias respecto a la ejecución del laudo⁶⁸.

En suma, la aplicación automática del derecho de la sede es un obstáculo a

la transnacionalización del arbitraje. La relativa incertidumbre de admitir otras normas transnacionales no es mayor que aquella que surge del conflicto de leyes, donde un complejo algoritmo teórico abre la puerta a la potencial aplicación de múltiples leyes⁶⁹. Más aun, cualquier incertidumbre por permitir al árbitro aplicar normas transnacionales se neutraliza con la posibilidad de calibrar su elección, aumentando así las chances de que su solución se adapte a las necesidades de la práctica arbitral y del caso concreto.

V. Los desafíos del arbitraje transnacional

1. Las derivas arbitrales

La contracara de la gran expansión del arbitraje es que el excesivo afán por sofisticarse lo ha desviado hacia prácticas inconvenientes, ineficientes, o inapropiadas. Algunas de estas prácticas se han convertido en habituales, contrapesando los beneficios del arbitraje. Estas se han dado en una variedad de áreas, y tanto de parte de los abogados, instituciones arbitrales, como árbitros. Esta situación presenta un desafío que la comunidad arbitral debe reconocer y tratar de resolver.

Los siguientes son los ejemplos más salientes.

A) Conflictos de interés. Los árbitros tienen un rol crucial en el arbitraje y por eso se han establecido mecanismos para asegurar su independencia e imparcialidad. Como ya se explicó, esto influye directamente en la legitimidad del arbitraje. Las exigencias sobre revelación de potenciales conflictos y las consecuencias de los conflictos reales, están reguladas con cierto detalle en los reglamentos arbitrales y sobre todo en instrumentos de soft law y, más genéricamente, en algunos ordenamientos nacionales. Estos instrumentos suelen prever un marco razonable para el deber de revelación, pero con el tiempo las prácticas para su implementación se han vuelto un poco inciertas. Ello ocurre, específicamente, respecto al grado de revelaciones que se espera de los árbitros, lo cual genera ciertas dudas en algunos de ellos (y en las partes) a la hora de realizar dicho ejercicio. Así, muchos árbitros prefieren, ya sea porque le dan la importancia debida a la legitimidad del arbitraje o ya sea para cubrirse de cualquier recusación y de eventuales ataques a la integridad del laudo (en particular, en determinados países), hacer revelaciones amplísimas, que a su vez abren camino a

recusaciones frívolas. Esas situaciones suelen terminar en la renuncia o falta de confirmación de un árbitro que, en realidad, no tiene absolutamente ningún conflicto. Estas circunstancias generan un círculo vicioso que sólo demora innecesariamente la constitución del tribunal, además de afectar la legitimidad del arbitraje.

Excesiva regulación. Con la expansión del arbitraje, también aumentaron las exigencias de los usuarios, llevando a una proliferación de instituciones arbitrales, y desatando a una evidente competencia entre ellas para captar más usuarios; por ejemplo, mediante la actualización de sus reglas, la publicación de guías o notas prácticas, entre otras modalidades⁷⁰. Si bien esto muestra diligencia, en algunas áreas la regulación se ha tornado excesiva, generando más complicaciones que beneficios. Al respecto, los usuarios han mostrado preocupación por esta suerte de “judicialización” que conlleva una creciente formalidad procesal⁷¹. La sobre-regulación a veces proviene de las instituciones, y otras veces de las propias partes. Un ejemplo es la cantidad de reglas que las partes proponen incluir en la primera orden procesal. Otro ejemplo es el detalle de las reglas que proponen para organizar audiencias virtuales, algo que, si bien

ahora es más habitual, siempre existió (cuando un testigo estaba imposibilitado de presentarse en persona) y no es tan complejo. Paradójicamente, esta “judicialización” del arbitraje ocurre al mismo tiempo que algunos Estados intentan “arbitralizar” sus cortes (ver sección siguiente). Esta sobre-regulación resulta contraproducente porque cualquier intento de regular anticipadamente la totalidad de las situaciones posibles solo está destinado a fallar. Para frenar este fenómeno, debe recordarse que una de las ventajas del arbitraje es la flexibilidad procesal, y que los árbitros están facultados para manejar el procedimiento como consideren apropiado, lo que les permite adaptarlo a las necesidades específicas de cada caso.

B) Tiempos y costos procesales.

En los últimos años, los esfuerzos de las instituciones arbitrales han estado dictados por las preocupaciones de los usuarios sobre los tiempos y costos procesales. Desde la óptica de los usuarios, la eficiencia significa que la disputa sea resuelta correctamente, con celeridad, y al menor costo posible. Es en respuesta a ello que muchas instituciones han diseñado esquemas de arbitraje “rápido” o “abreviado” (sino “supersónico”, como se denomina en la jerga a un

nuevo instrumento que se prepara en el marco de la CNUMI), estableciendo plazos más cortos, obligaciones de eficiencia para los árbitros, y su penalización en caso de incumplimiento. Este objetivo es entendible, aunque deben considerarse una serie de variables que inciden en la posibilidad de cumplirlo. El trabajo del árbitro requiere analizar debidamente las cuestiones en disputa, los argumentos, la evidencia, y dictar una decisión completa y razonada. El tiempo y costo para completar este trabajo es proporcional a la complejidad del caso.

a) Respecto a los tiempos, los árbitros deben hacer sus mejores esfuerzos por dirigir el proceso con celeridad, aunque a veces son las propias partes (o sus abogados) quienes, con o sin razón, requieren tiempos mayores. Por ejemplo, cuando las partes acuerdan largos plazos para presentar escritos, o bifurcar el procedimiento, hay poco que el árbitro pueda hacer. Asimismo, la cantidad de documentos o autoridades legales que presentan las partes puede llegar a muchos miles de páginas cuya mera lectura requiere varios días, sino semanas; y a veces sólo para finalmente encontrar que su utilidad es nula. Esto no significa que las partes deban limitarse en la presentación de su caso, sino que ello debe integrar

“...ventajas del arbitraje es la flexibilidad procesal, y que los árbitros están facultados para manejar el procedimiento como consideren apropiado, lo que les permite adaptarlo a las necesidades específicas de cada caso.”

la ecuación del tiempo que puede tomar el proceso.

b) Respecto a los costos, parece claro que se trata de otro frente de competencia entre las instituciones, principalmente mediante el ajuste de sus tasas administrativas y los honorarios de los árbitros. Sin embargo, el impacto de estos esfuerzos es limitado, pues es sabido que el mayor porcentaje de los costos se vincula con los honorarios de abogados y expertos.

Tanto los tiempos como los costos procesales se ven cada vez más afectados por la creciente litigiosidad de las partes; otra preocupante tendencia moderna. Esta litigiosidad se manifiesta, por ejemplo, en numerosas incidencias procesales de limitada utilidad, la excesiva producción de

documentos, conferencias preparativas de la audiencia para discutir detalles logísticos menores, largos días de audiencia para examinar testigos que poco tienen que aportar, entre otras ineficiencias. No deja de ser tan curioso como paradójico que los mismos usuarios que se quejan de la lentitud y los altos costos, presionando a las instituciones públicas y privadas a intentar paliar esos alegados defectos, a menudo instruyan a los abogados más caros y marrulleros del mercado. Los árbitros se encuentran entre la espada y la pared, pues deben garantizar el debido proceso al mismo tiempo que velar por una eficiente resolución del caso. Los árbitros no deben temer en ejercer sus poderes inherentes para impartir el balance que consideren apropiado, sancionando si es preciso a las partes que abusan del proceso. Para ello, en primer lugar, es fundamental que los árbitros gocen de una legitimidad genuina.

Todas estas derivas arbitrales presentan desafíos prácticos para el funcionamiento diario del arbitraje. Su impacto negativo es alto, pero a la vez es fácil erradicarlas. A diferencia de otros problemas que requieren cambios estructurales, estas cuestiones requieren principalmente un cambio de actitud de todos

los actores del arbitraje. Dicho eso, estas cuestiones no pueden subestimarse y deben solucionarse pronto para evitar que se conviertan en problemas más serios.

2. Los competidores del arbitraje transnacional

El arbitraje comercial internacional ha logrado una coexistencia pacífica con otros métodos de resolución de controversias. Obviamente que celebrar la evolución del arbitraje no debe llevar a ignorar la existencia de otros mecanismos. Esos otros mecanismos, como la mediación, también ofrecen beneficios, y cuentan con su propia comunidad de adeptos que se esfuerza por innovar constantemente y mejorarlos para captar nuevos usuarios.

A) Cortes estatales. El mecanismo judicial tradicional es (o debería ser) capaz de resolver las mismas disputas que se someten a arbitraje. De hecho, disputas sobre un mismo contrato pueden aterrizar en uno u otro foro dependiendo de lo establecido en el contrato, lo cual a veces depende de la preferencia de las partes, y otras veces del azar de quién haya redactado la cláusula de resolución de disputas la noche previa a la firma.

Ahora bien, las controversias internacionales casi invariablemente involucran: (i) partes de distintos países (y culturas), (ii) más de una ley potencialmente aplicable, (iii) pruebas situadas (o practicables) en diversos Estados, y (iv) más de un idioma, entre otras particularidades que pueden presentarse en diferentes combinaciones. Si bien las normas que aplican las cortes también contemplan estas situaciones, sus soluciones suelen ser más rígidas. Basta pensar en la larga cadena de exhortos y certificaciones que algunos ordenamientos nacionales requerirían para obtener prueba documental en el extranjero, mientras que en un arbitraje internacional se accede a ello mediante un simple correo electrónico. Asimismo, no es tan común que un caso sea asignado justo a un juez especializado en la industria específica, sino que los jueces suelen especializarse en un área del derecho local (como el derecho civil, comercial o administrativo).

Claro que no se debe generalizar sobre las capacidades de las cortes, pues ellas dependen del país y su división particular. De hecho, así como el arbitraje se ha ido “judicializando” un poco (ver la sección anterior), en algunos países las cortes se han ido “arbitralizando”⁷². Algunos países cuentan

con cortes especializadas para ciertos tipos de disputas, e incluso admiten procedimientos en idiomas extranjeros, lo que muestra un alto grado de sofisticación. Este es el caso, por ejemplo, de la Corte de Tecnología y Construcción del Reino Unido⁷³, así como del número creciente de cortes especializadas en asuntos internacionales (incluyendo el arbitraje) en países tan diferentes como Singapur (donde existe una corte especial, que incluye algunos jueces extranjeros) y Francia (donde la Corte de Apelaciones de París cuenta con una división especial para asuntos internacionales comerciales, que permite el uso del inglés), entre otros⁷⁴.

Hasta el día de hoy no se aprecia que los usuarios estén prefiriendo dirigirse directamente a dichas cortes en detrimento de la opción por el arbitraje. Los casos arbitrales que llegan a las mismas son en general, con las diferencias de cada sistema específico, los supuestos que habitualmente llegan a las cortes nacionales no especializadas. Habrá que estar atento a la evolución de estas nuevas cortes y al grado de atractividad que puedan ejercer. En este sentido, es importante recordar el rol fundamental que ha jugado en la preferencia por el arbitraje, la “seguridad” brindada por la

Convención de Nueva York en la circulación internacional de los laudos. Respecto de las decisiones estatales, está aún por verse que las convenciones internacionales laboriosamente elaboradas en la Conferencia de La Haya (en particular, la de relativa a los acuerdos de elección de foro de 2005 y, en cierta medida también, la de reconocimiento y ejecución de 2019) puedan desempeñar un papel similar respecto de las decisiones judiciales⁷⁵.

Mediación. Quizás el mecanismo que ha ganado más territorio en los últimos años, incluso tomando cierto impulso en el arbitraje de inversión, es la mediación. De hecho, muchas instituciones, usualmente llamadas “arbitrales”, también ofrecen la administración de mediaciones. En comparación con el arbitraje, los principales beneficios de la mediación son los tiempos más cortos y costos más bajos. Desde ya que una mediación exitosa es más conveniente que un arbitraje, solo que su éxito depende de las partes y, en una medida considerable, del grado de litigiosidad alcanzado por ellas, pudiendo frustrarse y no llevar a ningún resultado. Ello, en cambio, no ocurre en un arbitraje donde la parte demandada no puede impedir que se dicte un laudo. En la práctica, entonces, la conveniencia entre uno

u otro mecanismo depende del tipo de controversia, de sus elementos de contexto y de la relación de las partes, algo que no puede predecirse al celebrar el contrato. Es por eso que, para balancear las ventajas de la mediación y del arbitraje, algunos usuarios optan por combinar ambos mediante cláusulas “escalonadas” (Med-Arb)⁷⁶. Vale resaltar que alrededor de la mediación también se ha construido una comunidad profesional que promueve sus beneficios y trabaja para mejorarlos.

En fin, es poco controvertido afirmar que, en el contexto amplio de los mecanismos de resolución de controversias, el arbitraje ha logrado el primer lugar, y con todo mérito. En la práctica internacional, la mediación queda aún muy lejos, aunque está despertando cada vez más interés. Por lo tanto, no debe ignorarse que existen otros mecanismos disponibles además del arbitraje, que también pueden ser apropiados (o incluso más convenientes) para ciertas categorías de disputas, los cuales seguirán evolucionando. Quizás, no se trata tanto de una competencia, sino más bien de una sinergia que va empujando a toda la comunidad internacional a mejorar la efectividad de estos mecanismos.

3. Una nueva realidad creada por la inteligencia artificial

El presente y futuro del arbitraje internacional presenta interesantes desafíos en muchos campos. Un tema clave hoy en día es el impacto de la inteligencia artificial en su funcionamiento⁷⁷. Al respecto, se discuten sus posibles usos por parte de árbitros, abogados, y expertos, los recaudos necesarios para ello, y sus potenciales implicancias éticas⁷⁸.

En gran medida, las profesiones jurídicas han sido bastante lentas en aprovechar las soluciones ofrecidas por la tecnología⁷⁹. Así y todo, y si bien no a su máximo potencial, la tecnología está presente en el trabajo diario de abogados, expertos, y árbitros. Aun en cosas básicas de uso cotidiano damos por sentada la ayuda de la tecnología; por ejemplo, en: (i) la autocorrección de textos; (ii) programas que permiten revisar miles de documentos mediante funciones de búsqueda avanzadas; (iii) buscadores de jurisprudencia; (iv) programas que traducen documentos, o realizan interpretaciones durante las audiencias (que son cada vez más precisas); (v) planillas de cálculo con funciones automáticas; o (vi) incluso el uso de la calculadora⁸⁰. Todas estas herramientas

tienen funciones con alguna similitud a la inteligencia artificial, y no causan ninguna preocupación.

Sin embargo, la cuestión ha tomado otro cariz con la llamada “inteligencia artificial generativa”. Es decir, la inteligencia artificial ya no se limita a revisar bases de datos, encontrar información con características particulares, e identificar ciertos parámetros. Hoy los algoritmos superdotados permiten que las plataformas de inteligencia artificial “aprendan” y elaboren sus propios productos, como escritos, presentaciones o similares⁸¹. Esto da lugar a otro nivel de uso y aprovechamiento, el cual ha captado la atención de la comunidad arbitral.

A) Asistencia para-legal. La inteligencia artificial presenta algunos desafíos, pero también grandes oportunidades para mejorar o facilitar la práctica profesional, tanto de abogados, como árbitros y expertos. Su uso responsable puede ayudar a realizar ciertas tareas básicas (o no tan básicas), por ejemplo, preparar resúmenes, líneas de tiempo, borradores preliminares de ciertos documentos (como correspondencia o contratos básicos); y todo ello en tiempo récord y a un costo mínimo. En un nivel aún más avanzado, se discute si podría

ayudar a anticipar resultados de potenciales arbitrajes, aunque ello es bastante más complejo⁸². Estos usos también permitirían moderar costos y tiempos de trabajo, lo cual sin duda es atractivo para los usuarios.

B) Implicancias éticas. Una de las preocupaciones que se plantea es el riesgo del uso irresponsable de la inteligencia artificial. Este ocurriría, por ejemplo, si los profesionales confiaran ciegamente en ella, sin ocuparse de revisar sus productos o sus fuentes. Claro que la inteligencia artificial no es perfecta, y existe el riesgo de que prepare productos imprecisos, con errores, o incluso falsedades. En un arbitraje, los abogados, expertos y árbitros son plenamente responsables de las comunicaciones, escritos, documentos, informes y laudos que presentan. Por eso deben revisar en detalle y ajustar cualquier producto preparado por estos medios, al igual que deben revisar cualquier producto preparado por sus asistentes. Muchos sostienen que deben tomarse medidas precautorias, pero no está claro cuáles serían esas medidas, ni sus objetivos.

a) El mero uso de la inteligencia artificial no resulta en sí mismo problemático. Por ejemplo, se ha reportado que algunos jueces en los Estados

Unidos de América han ordenado a los abogados que informen si utilizan esta tecnología. Esto parece un tanto paranoico, pues nada tiene de malo utilizar inteligencia artificial, al igual que se utilizan tantas otras herramientas tecnológicas a diario sin revelarlo. Más aun, tampoco es claro qué harían los jueces (o árbitros) con esa información.

b) El uso irresponsable, en cambio, es problemático. Sin embargo, los problemas que se presentan no son tan distintos a otros existentes. En una conferencia a la que asistí hace poco, uno de los ponentes contó que una corte de Estados Unidos sancionó a un abogado por presentar un escrito preparado con inteligencia artificial, el cual refería a un precedente inexistente. Ahora bien, no hay duda de que esta es una falta ética, pero ello es así al margen de si la cita falsa fue consecuencia del uso de la inteligencia artificial, del trabajo de un asistente, o de cualquier otra circunstancia; en última instancia, lo que se sanciona es la conducta negligente del abogado. De modo que las reglas éticas existentes bien pueden cubrir, al menos, ciertos riesgos de la inteligencia artificial. La discusión acerca de la necesidad de su regulación y del alcance de la misma, con todo, está lanzada. Como

primera aproximación general, es tentador afirmar, como es habitual en el arbitraje, que la comunidad arbitral debe evitar una excesiva regulación de este tema. Sin embargo, las particularidades de la cuestión indican que es importante estudiarlo, monitorear su evolución, y evaluar la necesidad de regularlo. En este sentido, algunas instituciones arbitrales han preparado guías para el uso apropiado de la inteligencia artificial, incluyendo instancias en las cuales puede ser necesario revelarlo, así como la recomendación de no “delegar” la toma de decisiones, como el contenido final de un escrito⁸³.

C) Toma de decisiones. Otro punto de discusión es si será factible resolver disputas, aunque sea sencillas, mediante la inteligencia artificial; es decir, si se le podrían “delegar” funciones decisorias a “algoritmos-árbitros”. Por más impresionante que es el nivel actual de la inteligencia artificial y su perspectiva de desarrollo, con la información disponible uno abriga todavía ciertas dudas de que pueda realizar un trabajo comparable al de los árbitros, abogados, o expertos.

En el arbitraje comercial internacional se ventilan disputas que pueden implicar una intrincada matriz fáctica,

conceptos legales complejos (a veces sin precedentes), cuestiones comerciales (como el objetivo de las partes al celebrar un contrato), usos y costumbres no escritos, cuestiones técnicas, entre otras variables⁸⁴. Para resolver estas cuestiones, se deben revisar escritos, documentos, autoridades legales, escuchar a testigos y analizar complejos informes de peritos. Todas estas tareas involucran algún grado de subjetividad que, indudablemente, la inteligencia artificial (todavía) no tiene⁸⁵. Además, la expectativa de calidad de un laudo es sumamente alta y el nivel de escrutinio es muy riguroso, al punto que aun laudos dictados por árbitros muy calificados son ocasionalmente anulados. Así, la versión final de un laudo es, o debiera ser, considerablemente superior a lo que puede esperarse de la inteligencia artificial. Lo mismo es cierto respecto a los escritos de abogados o los informes de peritos⁸⁶.

En fin, la inteligencia artificial presenta algunos desafíos porque habrá que acostumbrarse a sus usos, monitorear su evolución, y entender sus límites, pero al menos por ahora, lejos de poner en riesgo la profesión puede ayudar a mejorar su eficacia, siempre y cuando sea utilizada con diligencia y responsabilidad. La comunidad

“...algunas instituciones arbitrales han preparado guías para el uso apropiado de la inteligencia artificial, incluyendo instancias en las cuales puede ser necesario revelarlo, así como la recomendación de no “delegar” la toma de decisiones, como el contenido final de un escrito.”

arbitral debe trabajar en este sentido, y debe hacerlo rápido porque la inteligencia artificial es ya una realidad y avanza a pasos agigantados.

VI. Reflexiones finales

En las últimas décadas, el arbitraje experimentó una expansión global, consolidándose como el principal mecanismo de resolución para una amplia gama de controversias internacionales. En esa transición, fue forjando ciertos atributos que permitieron su adecuado funcionamiento y evolución. Algunos de estos atributos se convirtieron en esenciales, como el principio de Kompetenz-Kompetenz;

otros, en cambio, se volvieron un obstáculo para lograr una genuina legitimación como ordenamiento transnacional, como la confidencialidad, la inmunidad absoluta de los árbitros, o la aplicación automática de la ley de la sede.

Todo ejercicio de autoridad requiere legitimidad, por lo que no hay motivo para que los árbitros no respondan a estándares equiparables a la de otros decidores estatales e internacionales. Es por eso que, con la expansión del arbitraje, también aumentó su escrutinio, surgiendo cuestionamientos sobre su legitimidad; más serios en el arbitraje de inversión, pero también importantes en el arbitraje comercial. Los árbitros internacionales no solo resuelven disputas que sólo afectan a partes específicas, sino que sus decisiones tienen un impacto más amplio en la gobernanza global. Por lo tanto, no basta su mera legitimidad a los ojos de las partes, o un Estado particular, sino que se requiere una legitimidad hacia la comunidad global. Esta solo puede lograrse mediante: (i) la transparencia; (ii) la consistencia; (iii) la responsabilidad de los participantes, en particular de los árbitros; y (iv) la diversidad; todos elementos que se alimentan entre ellos.

El arbitraje moderno denota claras cualidades de transnacionalidad. Sin embargo, dicha transnacionalidad es más una metodología que un resultado acabado. Para ello, el arbitraje debe operar acorde a sus propias reglas y principios y emanciparse de la aplicación automática del derecho nacional, incluso del de la sede. Las normas transnacionales pueden plasmarse en instrumentos de soft law que sistematizan las soluciones más aceptadas en el derecho positivo, así como las prácticas que han demostrado ser virtuosas. Desde ya, esta tarea va de la mano de una genuina legitimidad global.

El arbitraje también enfrenta algunos nuevos desafíos. Su práctica masiva ha llevado a ciertas derivas arbitrales que entorpecen su funcionamiento adecuado. Por ejemplo, si bien la atención a los potenciales conflictos de interés es fundamental para la legitimidad, cuando ello es llevado al borde de la paranoia solo genera ineficiencias. Asimismo, si bien la comunidad arbitral debe responder a las crecientes exigencias de los usuarios, debe hacerlo moderadamente, cuidando de no caer en una excesiva regulación o “judicialización”, lo que ya se ve en algunas áreas, tales como en los tiempos y costos procesales, aspectos que, al margen de las nuevas regulaciones,

“Los árbitros internacionales no solo resuelven disputas que sólo afectan a partes específicas, sino que sus decisiones tienen un impacto más amplio en la gobernanza global. Por lo tanto, no basta su mera legitimidad a los ojos de las partes, o un Estado particular, sino que se requiere una legitimidad hacia la comunidad global.”

dependen en gran medida de los propios usuarios. Estas cuestiones deben ser enderezadas para mantener las ventajas del arbitraje, no tanto respecto de otros mecanismos – que también muestran signo de evolución –, sino de sí mismo. En otras palabras, sigo pensando que, como escribí hace casi veinte años, si contra alguien compite el arbitraje es contra sí mismo, contra sus derivas indeseables.

La comunidad arbitral debe ser consciente de que el arbitraje, si bien es la primera, no es la única opción de los usuarios. La mediación también ofrece beneficios atractivos y ha tomado

“En los próximos años veremos seguramente la aparición de otras cuestiones novedosas, y el arbitraje cuenta con todas las herramientas para adaptarse a ellas. La inteligencia artificial, por ejemplo, presenta varios interrogantes porque habrá que acostumbrarse a sus usos y entender sus límites, pero también ofrece grandes soluciones para mejorar la práctica arbitral, siempre que sea utilizada con diligencia y responsabilidad”

bastante tracción. Incluso algunas cortes, el mecanismo tradicional que los actores del comercio internacional llevan décadas queriendo evitar, se están reinventando, creando divisiones especiales para atender cuestiones internacionales. La evolución de estos “competidores” no debe percibirse como una amenaza, sino como un motor que impulsa al arbitraje a nuevos horizontes.

En los próximos años veremos seguramente la aparición de otras cuestiones novedosas, y el arbitraje cuenta con todas las herramientas para adaptarse a ellas. La inteligencia artificial, por ejemplo, presenta varios interrogantes porque habrá que acostumbrarse a sus usos y entender sus límites, pero también ofrece grandes soluciones para mejorar la práctica arbitral, siempre que sea utilizada con diligencia y responsabilidad. La comunidad arbitral debe monitorear su evolución, aunque evitando derivar en excesos regulatorios.

En este contexto, el futuro del arbitraje se ve prometedor, aunque a la vez algo incierto. En estas épocas de cambio, es importante que la comunidad arbitral entienda sus problemas actuales y sus desafíos futuros, y continúe empujando hacia el lado de la evolución y el desarrollo responsable; en particular, las nuevas generaciones deben prepararse para tomar las riendas en la transición del arbitraje contemporáneo al arbitraje del futuro. Hace más de medio siglo, los Estados decidieron fomentar activamente el uso del arbitraje y sentaron las bases para el éxito que todos conocemos. La comunidad arbitral debe ser consciente de que ese favor tan decidido puede menguar e incluso desaparecer

si el arbitraje deja de ofrecer su proverbial versatilidad como mecanismo coadyuvante de un comercio internacional sostenible y saludable. Cabe esencialmente a la comunidad arbitral

disipar las incertidumbres acerca del futuro del arbitraje que aparecen, aquí y allá, ora como desafíos externos, ora como resultado de ciertas derivas internas.

* Director del Programa de Arbitraje Transnacional y Resolución de Disputas de la Escuela de Derecho de Sciences Po (París); Presidente de la Academia Internacional de Derecho Arbitral (París). Este trabajo, recoge en buena medida ideas plasmadas en trabajos anteriores. El autor agradece encarecidamente al siempre brillante Ezequiel Vetulli, quien se prestó a discutir sobre los temas principales abordados aquí, llevándolo a matizar algunas afirmaciones realizadas en otros ámbitos.

¹ La Convención de Nueva York impone a los Estados la doble obligación de: (i) respetar los acuerdos arbitrales (artículo II); y (ii) reconocer y ejecutar los laudos dictados en el extranjero (artículo V). Ver <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2>. El proyecto New York Convention Guide de la CNUDMI demuestra el uso generalizado de este instrumento, mediante la recopilación de casi 4.000 precedentes que provienen de los más variados Estados y entidades administrativas autónomas. Ver <https://newyorkconvention1958.org/?opac_view=2&menu=491>.

² Ver el sitio web de la CNUDMI: <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>.

³ S.W. Schill, “Developing a Framework for the Legitimacy of International Arbitration”, en A.J. van den Berg (dir.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, Kluwer Law International, 2015, pp. 796-797.

⁴ Ver la Encuesta de Queen Mary University of London sobre Arbitraje Internacional, 2021, p. 5 (Figura 1). Asimismo, casi la totalidad de las disputas entre inversores extranjeros y Estados soberanos son también resueltas de esa forma, salvo cuando el inversor no tiene acceso a tratados de inversión por su nacionalidad. Lo mismo ocurre, incluso desde hace más tiempo, respecto a disputas entre Estados (por ejemplo, territoriales), donde el arbitraje es uno de los mecanismos preferidos.

⁵ S.W. Schill, “Conceptions of Legitimacy of International Arbitration”, *Amsterdam Law School Legal Studies (Research paper No. 2017-17)*, p. 7.

⁶ D.P. Fernández Arroyo, “Nothing is for Free: The Prices to Pay for Arbitralizing Legal Disputes”, en L. Cadiet, B. Hess & M. Requejo Isidro (eds.), *Privatizing Dispute Resolution*, Nomos, 2019, pp. 615-618; S. W. Schill (nota 3), pp. 796-797.

⁷ Sobre estas cuestiones, ver E. Gaillard, “Sociology of International Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 31, 2015, pp. 1-23.

⁸ D.P. Fernández Arroyo, “El auge del Arbitraje frente al debate sobre su legitimidad”, *XLI Curso de Derecho Internacional de la OEA*, 2014, p. 263.

⁹ Ver Sección [V.B], abajo, sobre “los competidores del arbitraje transnacional”.

¹⁰ Por ejemplo, prácticamente todas las leyes y reglamentos arbitrales obligan al árbitro a aplicar los usos comerciales (ver artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI: “En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”).

¹¹ Ver M. McIlwath, “Professionalizing Arbitration: A Response to the New York Times Articles on Privatizing Justice”, *Kluwer Arbitration Blog*, 4 de noviembre de 2015.

¹² Por ejemplo, en principio es difícil imaginar un caso comercial que justifique la participación de terceros como *amicus curiae* o la transmisión pública de audiencias, lo cual es hoy bastante común en el arbitraje de inversión.

^{13.} Pese a la importancia que ha tomado la discusión sobre la legitimidad del arbitraje, poco se ha dicho sobre el significado y alcance de este término, y las definiciones propuestas no son siempre consistentes. Ver S.W. Schill (nota 5), p. 4; S.W. Schill (nota 3), p. 791.

^{14.} Sobre todas estas cuestiones, ver D.P. Fernández Arroyo (nota 8), pp. 263-266.

^{15.} D.P. Fernández Arroyo, “The Legitimacy and Public Accountability of Global Litigation – The Particular Case of Transnational Arbitration”, en H.-W. Micklitz & A. Wechsler (dirs.), *The Transformation of Enforcement*, Hart, 2016, pp. 355-373.

^{16.} Es particularmente el caso de A. Mourre, “La légitimité de l’arbitrage”, *Recueil des Cours*, t. 427, 2022, pp. 211-288.

^{17.} Por ejemplo, que un árbitro en particular no fundamente debidamente su laudo, que omita revelar un potencial conflicto, que cometa un error material, o falencias similares, no significa que la institución del arbitraje sea ilegítima, en tanto las mismas situaciones pueden presentarse con un juez. La discusión de legitimidad debe ser estructural y focalizarse en el arbitraje como órgano de la gobernanza global.

^{18.} S.W. Schill (nota 5), pp. 2-3, citando a C. Brower.

^{19.} D.P. Fernández Arroyo & A. Senegacnik, “Global Governance’s Inescapable Legitimacy Conundrum: A Call to Reform International Commercial Arbitration”, en S. Kröll, A. Bjorklund & F. Ferrari (dirs.), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, CUP, 2023, pp. 1802-1824.

^{20.} Ver, por ejemplo, la Encuesta de Queen Mary University of London sobre Arbitraje Internacional, 2021, p. 12 (Figura 8), sobre los deseos de los usuarios de mayor transparencia en la selección de los árbitros.

^{21.} La posibilidad de controlar al arbitraje y los laudos podría legitimar el arbitraje, aunque esta no es una legitimidad general, sino limitada a la óptica del Estado que ejerza tal control en cada caso.

^{22.} D.P. Fernández Arroyo, “Transparencia en el arbitraje de inversiones”, en A. Tanzi et al (dirs.), *International Investment Law in Latin America: Problems and Prospects*, Brill / Nijhoff, 2016, pp. 244-271. El potencial beneficio de la transparencia no se limita al arbitraje, sino que alcanza al desarrollo del derecho en general, incluso para las cortes estatales. Por ejemplo, la cabeza de los jueces de Inglaterra y Gales expresó abiertamente que el enorme número de casos sometidos a arbitraje unido al recurso generalizado a la confidencialidad es un obstáculo para el desarrollo del common law. Lord Thomas of Cwmgiedd, Lord Chief Justice of England and Wales “Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration”, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf>.

^{23.} Por ejemplo, el Reglamento de la CNUDMI establece que “[p]odrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes” (regla 34.5); el Reglamento de la LCIA (2020) establece que no se publican laudos salvo con el consentimiento de las partes (artículo 30); el Reglamento de la Cámara de Arbitraje de Milán (2023) establece una regla de confidencialidad, pero indica que la Cámara “puede” publicar un laudo redactado, salvo que alguna parte lo objete (artículo 8). Desde ya que los laudos también pueden hacerse públicos cuando llegan a las cortes estatales en virtud de un procedimiento de anulación.

^{24.} Nota a las Partes y Árbitros sobre el Manejo de Arbitrajes bajo el Reglamento de la CCI, 1 de enero de 2021, §§ 50-52.

^{25.} Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021), artículo 22.3.

^{26.} La situación es distinta en el campo del arbitraje deportivo y el relativo a los dominios de internet, donde la publicidad de los laudos es mayor.

^{27.} Nota a las Partes y Árbitros sobre el Manejo de Arbitrajes bajo el Reglamento de la CCI, 1 de enero de 2021, §§ 56-64.

^{28.} Ni siquiera en el arbitraje de inversión, donde el uso del precedente (debido a la publicidad de los laudos) es tan claro como amplio, puede decirse que se haya logrado una completa coherencia. Ni la publicación generalizada de los laudos, ni la implementación de un mecanismo autónomo de anulación en el marco específico del arbitraje CIADI, han impedido disparidades sobre ciertas cuestiones específicas (en algunos casos serias). Pese a ello, no puede negarse que existe un significativo grado de coherencia respecto de muchas otras cuestiones.

^{29.} Ver, en general sobre esta cuestión, D.P. Fernández Arroyo, “Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral”, en E. Gaillard & D.P. Fernández Arroyo (dirs.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Universidad del Rosario / CEDEP, 2013, pp. 225-262; L.G. Radicati di Brozolo, “La valeur du précédent en arbitrage commercial international”, *Revue de l’arbitrage*, 2023, pp. 37-64.

^{30.} D.P. Fernández Arroyo (nota 8), p. 271. Los precedentes no sólo son útiles cuando el derecho aplicable es el mismo, sino también cuando los contratos lo son, por ejemplo, en el caso de cláusulas estandarizadas (tipo “take or pay”), o de contratos modelo (como los contratos de construcción FIDIC).

^{31.} Debe notarse que este elemento de legitimación del arbitraje refiere a instalar una práctica generalizada de seguimiento de los precedentes relevantes y bien razonados para lograr consistencia. El resultado de un laudo particular que sigue o no los precedentes relevantes (lo cual ocurre al final del arbitraje) no podría afectar, para bien ni para mal, la legitimidad de los árbitros retroactivamente.

^{32.} D.P. Fernández Arroyo (nota 8), p. 274.

^{33.} Por ejemplo, el respeto de los árbitros por el debido proceso de las partes es clave para legitimar el arbitraje. Ver J. Fry et al, *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*, 2012, p. 238 (§ 3-819).

^{34.} La responsabilidad subjetiva tiene dos dimensiones. De un lado, aquella por el rol de “adjudicador privado” del árbitro, por lo que sus deberes de independencia e imparcialidad son, mutatis mutandis, comparables a los de los jueces estatales. De otro lado, la responsabilidad en su condición de parte contratante, que se ha obligado a cumplir los términos de su designación (directa o indirecta) por las partes. Ver D.P. Fernández Arroyo (nota), p. 276. Respecto a la importancia de las normas de independencia e imparcialidad para legitimar el trabajo de los árbitros en los casos de inversión, ver G. Kaufmann-Kohler, “Indépendance et impartialité du juge et de l’arbitre dans le règlement des différends entre investisseurs et États”, *Recueil des Cours*, t. 427, 2022, pp. 9-50. Más en general, una amplia visión comparativa se encuentra en G. Cordero-Moss (dir.), *Independence and impartiality of international adjudicators*, Intersentia, 2023.

^{35.} D. P. Fernández Arroyo (nota 8), p. 275.

^{36.} Ibid., p. 279.

^{37.} Además de la relevancia del reglamento arbitral aplicable, el soft law cobra cada vez más influencia, por ejemplo, mediante los instrumentos preparados por la International Bar Association (“IBA”), los cuales gozan de gran aceptación en la práctica. Otro ejemplo son los Principios de la Haya sobre Estándares Éticos para Abogados ante Tribunales y Cortes Internacionales (2010) o, más recientemente, el Código de Conducta para Árbitros de la CNUDMI (2023).

^{38.} El Reglamento de la CNUDMI (2010), lo mismo que otros reglamentos, consagra la renuncia a “cualquier reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionados con el arbitraje” (artículo 16). Ver también, Reglamento CCI (2021), artículo 41. Los límites de esta renuncia son el derecho aplicable (que puede restringir el alcance de la misma) y la falta intencional.

^{39.} D.P. Fernández Arroyo & A Senegacnik (nota 19), p. 1818; J. Fry et al (nota 33), pp. 421-422 (§§ 3-1533, 3-1535).

^{40.} Ver Tribunal Supremo español, Sentencia 362/2017, de 15 de febrero, <file:///Users/72334/Downloads/TSupremo%20Civil%2015%20feb%202017.pdf>, comentario de R. Caivano en <https://ar.ijeditores.com/mobile/pop.php?option=articulo&Hash=2f9767a39417f21e93bec66c11e4c42c>

^{41.} Ver la Encuesta de Queen Mary University of London sobre Arbitraje Internacional, 2021, pp. 12 (Figura 8), 16 (Figura 10), 17 (Figura 11). Ver también C. Seraglini, “Who Are the Arbitrators? Myths, Reality and Challenges”, en A.J. van den Berg (dir.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International, vol. 18, p. 605; S.D. Franck et al, “The Diversity Challenge: Exploring the ‘Invisible College’ of International Arbitration”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, 2015, pp. 467, 496-497, 499; D.P. Fernández Arroyo & A. Senegacnik (nota 19), p. 1811.

^{42.} D.P. Fernández Arroyo, “El arbitraje de inversión en la nueva era: ¿motor o freno de los esfuerzos para combatir el cambio climático?”, en *Revista Argentina de Arbitraje* (en prensa).

^{43.} D.P. Fernández Arroyo & L.G. Radicati di Brozolo, “El rol de la sede en el arbitraje comercial internacional: una perspectiva minimalista”, *Iurgium: Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje*, 2023, pp. 10-11.

^{44.} La transnacionalidad del arbitraje también se manifiesta en la aplicación de las leyes sustantivas. Ver G. Kaufmann-Kohler, “The Transnationalization of National Contract Law by the International Arbitrator”, en *Mélanges en l’honneur du professeur Jean-Michel Jacquet : le droit des rapports internationaux économiques et privé*, LexisNexis, 2013, pp. 107-120. Este aspecto se ha desarrollado un poco mejor, mediante la aplicación de principios internacionales (como los Principios de UNIDROIT), los usos y costumbres, o el derecho transnacional en sentido más amplio. Tiempo atrás, en un estudio que consultó a casi 3.000 abogados, aproximadamente un tercio de ellos dijo conocer al menos un caso donde el contrato refería al “derecho transnacional”, y más del 40% conocía al menos un arbitraje en el que se utilizó dicho término. Otra encuesta (de 2010) encontró que aproximadamente el 50% de

los entrevistados utilizó el término “derecho transnacional” en un arbitraje. Ver J. A. Moreno Rodríguez, “La efectividad del arbitraje comercial internacional como mecanismo de solución de controversias”, *Revista Argentina de Arbitraje*, 2017, pp. 6, 8.

^{45.} L.G. Radicati di Brozolo, “¿Cuán transnacional es el arbitraje?”, *Revista Argentina de Arbitraje*, 2022, pp. 4, 6.

^{46.} D.P. Fernández Arroyo & L.G. Radicati di Brozolo (nota 43), p. 11.

^{47.} L.G. Radicati di Brozolo (nota 45), p. 6.

^{48.} *Ibid.*, p. 7.

^{49.} Al respecto, ver la Sección V.1, más abajo.

^{50.} D.P. Fernández Arroyo (nota 6), p. 638. Por ejemplo, pese al éxito de las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, dicha institución ha actualizado ese instrumento en 2024 para adaptarlo a la realidad actual, teniendo en cuenta la frondosa experiencia práctica recogida en la aplicación de la versión original del instrumento.

^{51.} D.P. Fernández Arroyo, “Soft Law and Arbitral Procedure: a Conditioned but Inescapable Couple”, *European International Arbitration Review*, vol. 7-2, 2018, pp. 78, 81-83.

^{52.} Para una visión más matizada y ciertamente positivista de la cuestión, ver F. Dasser, “Soft law” in *International Commercial Arbitration*, *The Hague Academy of International Law*, 2021, especialmente pp. 243-269.

^{53.} D.P. Fernández Arroyo (nota 6), pp. 617-618, 620.

^{54.} D.P. Fernández Arroyo & L.G. Radicati di Brozolo (nota 43), p. 2; E. Gaillard, “The Representations of International Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1-1, 2010, p. 277.

^{55.} D.P. Fernández Arroyo & L.G. Radicati di Brozolo (nota 43), p. 2.

^{56.} *Ibid.*, pp. 2-3, 6-7.

^{57.} E. Gaillard, “The Representations of International Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement* (nota 53), p. 278.

^{58.} Ver, por ejemplo, *Ley Modelo de la CNUDMI*, artículo 1(2).

^{59.} D.P. Fernández Arroyo & L.G. Radicati di Brozolo (nota 43), pp. 4-6.

^{60.} El artículo V.1(e) de la Convención de Nueva York se limita a permitir (sin imponer) el no reconocimiento de los laudos anulados en la sede, y por lo tanto no atribuye a ningún Estado, incluido el de la sede, un poder absoluto sobre el arbitraje. De hecho, se conocen varios casos donde cortes estatales admitieron la ejecución de laudos extranjeros, pese a haber sido anulados en la sede. Ver, por ejemplo, *Hilmarton c. Omnium*, Corte de Casación francesa (Caso No. 92-15137), 23 de marzo de 1994; *Chromalloy c. Egipto*, Corte del Distrito de Columbia (Caso No. 94-2339), 31 de julio de 1996; *Comissa c. Pemex*, Corte del Distrito Sur de Nueva York (Caso No. 13-4022), 27 de agosto de 2013.

^{61.} D.P. Fernández Arroyo & L.G. Radicati di Brozolo (nota 43), pp. 8-9.

^{62.} *Ibid.*, p. 9.

^{63.} J.D.M. Lew, “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 22-2, 2006, pp. 188, 195.

^{64.} D.P. Fernández Arroyo (nota 29), p. 225; L.G. Radicati di Brozolo (nota 29), p. 37.

^{65.} Ver J.D.M. Lew (nota 62), p. 196.

^{66.} Ver al respecto F. Mantilla Serrano, “Towards a transnational procedural public policy”, *Arbitration International*, vol. 20-4, 2004, pp. 341-342.

^{67.} L.G. Radicati di Brozolo (nota 45), pp. 2-3. Un ejemplo cercano a un arbitraje autónomo se presentó en un caso entre compañías brasileras y argentinas, donde la cláusula arbitral establecía que la sede del arbitraje sería en Montevideo, Uruguay, pero indicaba que los únicos recursos contra el laudo serían aquellos previstos en la ley argentina, y las cortes argentinas tendrían jurisdicción para resolverlos. Si bien no se trataba de un arbitraje sin sede, las partes le quitaron relevancia a la misma, mediante un amplio ejercicio de la autonomía de la voluntad. En virtud de esta cláusula, se presentó un recurso de nulidad en las cortes argentinas, lo que llevó a decisiones contradictorias entre estas y las cortes uruguayas, ambas pretendiendo ejercer jurisdicción de control. Ver D.P. Fernández Arroyo, “The curious case of an arbitration with two annulment courts: comments on the YPF saga”, *Arbitration International*, vol. 33-2, 2017, pp. 317-344.

^{68.} L.G. Radicati di Brozolo, “The Relation between Courts and Arbitration: Support or Hostility”, *Opinio Juris in Comparatione*, Artículo No. 7, 2012-1, pp. 7-9.

^{69.} Un ejemplo de la variedad de criterios posibles es la situación de la Ley de Arbitraje del Reino Unido (de 1996). La jurisprudencia inglesa había establecido que, a falta de acuerdo específico de las partes, el acuerdo arbitral se regía por la misma ley que rige el contrato subyacente. Sin embargo, un proyecto de ley, cuya aprobación se considera inminente, cambiaría esta regla en favor de la ley de la sede.

^{70.} Vale notar un aspecto en que esta competencia entre las instituciones se volvió injusta o contraria a la propia razón de ser del arbitraje en tanto lleva a su “nacionalización”. Como advirtió Alexis Mourre, en algunos países como Rumania y Turquía se han adoptado políticas que obligan a los usuarios a utilizar instituciones locales específicas vinculadas al gobierno para ciertas disputas, incluso internacionales. Ver “We’re losing the ISDS fight, warns Mourre”, *Global Arbitration Review*, 19 de enero de 2024.

^{71.} J.A. Moreno Rodríguez (nota 44), p. 6.

^{72.} G. Antonopoulou, “The ‘Arbitralization’ of Courts: The Role of International Commercial Arbitration in the Establishment and the Procedural Design of International Commercial Courts”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 14-3, 2023, p. 329.

^{73.} Ver: <<https://www.gov.uk/courts-tribunals/technology-and-construction-court>>.

^{74.} Ver M. Yip & G. Rühl, *New International Commercial Courts – A Comparative Perspective*, Intersentia / IACL, 2024.

^{75.} Ver la aguda – y ciertamente escéptica – contribución de L.G. Radicati di Brozolo, “Competition between Cross-Border Dispute Settlement Mechanisms: Domestic Courts, Arbitration and International Commercial Courts – Procedural and Substantive Options for Litigants”, en *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht – Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 447-458.

^{76.} Ver la Encuesta de Queen Mary University of London sobre Arbitraje Internacional, 2021, p. 5 (Figura 1), respecto al uso de combinaciones entre arbitraje y mediación.

^{77.} Los temas de seguridad cibernética y protección de datos personales también son

novedosos y presentan algunos notables desafíos. En la Encuesta de Queen Mary University of London sobre Arbitraje Internacional, 2021, muchos usuarios coincidieron en que el impacto de las regulaciones europeas sobre protección de datos en el arbitraje aumentará (p. 30, Figura 20).

^{78.} Otro aspecto importante que excede el ámbito de este trabajo es el potencial de futuros casos en los cuales el fondo de la disputa se vincule a la inteligencia artificial; por ejemplo, respecto a contratos para el desarrollo de estas tecnologías, o bien proyectos ejecutados mediante estas tecnologías.

^{79.} Por ejemplo, tanto abogados como árbitros siguen redactando cientos de citas en notas al pie de sus escritos o laudos manualmente (lo que ocasionalmente da lugar a errores), pese a la cantidad de programas básicos que permiten hacerlo de manera automática.

^{80.} De hecho, aun el mejor experto económico seguramente encontraría bastante dificultad para calcular un flujo de fondos descontados sin una planilla de Excel. Es más, posiblemente necesite bastante tiempo para hacer cada una de las cuentas básicas (de solo suma, resta, multiplicación y división) que llevan a ese cálculo. Sin embargo, ningún cliente pagaría esas horas de trabajo sabiendo que puede hacerse al instante con una calculadora. Y al revisar una planilla de cálculos Excel, nadie se pregunta si las funciones de dicho programa (o bien de una calculadora) son confiables, ni verifica esas cuentas manualmente.

^{81.} Para mayores tecnicismos sobre el funcionamiento de la inteligencia artificial, ver M. Scherer, “Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: ¿The Wide Open?”, Queen Mary University of London, 2019, pp. 5-8.

^{82.} Vale notar que algunos estudios demostraron cierta factibilidad de anticipar resultados en disputas homogéneas, aunque con notables limitaciones. *Ibid.*, pp. 9, 15; L. Reed, “AI vs IA: End of the Enlightenment?”, ICCA Congress, 2022, pp. 5-6.

^{83.} Ver Silicon Valley Arbitration and Mediation Center Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration, Borrador, 31 de agosto de 2023.

^{84.} Distinto podría ser la resolución de disputas pequeñas sobre cuestiones muy específicas y casi estandarizadas. Por ejemplo, respecto al reembolso a un consumidor del boleto comparado para un vuelo que fue cancelado.

^{85.} M. Scherer (nota 80), p. 22.

^{86.} A modo de experimento, el autor solicitó a una plataforma de inteligencia artificial preparar un artículo académico sobre el tema: “El Arbitraje Transnacional: del exitoso presente al futuro incierto”. El resultado fue impresionante porque en cuestión de segundos (ni siquiera minutos) obtuvo algunos breves párrafos bastante bien escritos y estructurados que identificaban cuestiones reales e importantes, llegando a una conclusión relativamente lógica. Dicho eso, ese “artículo” difícilmente hubiera sido aprobado para publicación, debido a su falta de profundidad, de fuentes, de reflexión sobre experiencias prácticas, entre varias otras cosas.

Sobre el autor

Diego P. Fernández Arroyo



Diego P. Fernández Arroyo es Profesor de la Escuela de Derecho del Instituto de Estudios Políticos de París (Sciences Po), donde enseña temas relacionados con la resolución internacional de controversias, el arbitraje, el derecho internacional (público y privado), el derecho comparado y la gobernanza global, y dirige el LLM in Transnational Arbitration & Dispute Settlement. Dirige también la Diplomatura en Contratos y Litigios Judiciales Internacionales de la Universidad Austral (Buenos Aires).

Fernández Arroyo es miembro del Consejo Científico (Curatorium) de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Miembro del Institut de droit international y Presidente de la Academia Internacional de Derecho del Arbitraje. Fue Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y Secretario General de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

PROGRAMA

48º CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL

31 de julio al 11 de agosto de 2023

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro (PJRJ)

R. Dom Manuel, 25 - Centro, Rio de Janeiro - RJ, 20010-090, Brasil



OEA | OAS



Curso de Derecho
Internacional



LUNES 31



8:30 am **Registro de alumnos**

9:00 am **Ceremonia de Inauguración**

- Dr. Jean-Michel Arrighi, Secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA
- Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, Diretor-Geral da EMERJ
- Dr. Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA
- Homenaje al Dr. Eduardo Vio Grossi, ex presidente del Comité Jurídico Interamericano

10:30 am Recepción

10:50 am **El Sistema Jurídico Interamericano y la OEA**
Profesor: Jean-Michel Arrighi

12:50 pm Almuerzo

14:30 pm **La responsabilidad internacional de los Estados y los nuevos desafíos para el mundo contemporáneo**
Profesor: Dante Negro

16:45 pm **Sesión informativa para alumnos**
Coordinador: Eduardo Parada

MARTES 1



8:30 am **El Sistema Interamericano de Derechos Humanos**
Profesor: Joel Hernández García

10:30 am Receso

10:50 am **Reparación integral a las víctimas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**
Profesor: Joel Hernández García

12:50 pm Almuerzo

14:30 pm **La responsabilidad internacional de los Estados y los nuevos desafíos para el mundo contemporáneo**
Profesor: Dante Negro

MIÉRCOLES 2



11:10 am **Estructura y funcionamiento de la Corte Penal Internacional**

Profesora: Socorro Flores Liera

12:50 pm Almuerzo

14:30 pm **La participación de las víctimas en los procesos de la Corte Penal Internacional**

Profesora: Socorro Flores Liera

JUEVES 3



8:30 am **La querrela de la Conquista y el nacimiento del derecho internacional**

Profesor: Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

10:30 am Receso

10:50 am **El tercer mundo y los derechos humanos: Bandung, racismo y descolonización**

Profesor: Joao Henrique Ribeiro Roriz

12:50 pm Almuerzo

14:30 pm **Principios interamericanos sobre el régimen legal de creación, funcionamiento, financiamiento y disolución de entidades civiles sin fines de lucro**

Profesor: Ramiro Orias

VIERNES 4



8:30 am **¿Es lícito el uso de la fuerza en el derecho internacional contemporáneo?**

Profesor: Luis Alfonso García Corrochano Moyano

10:30 am Receso

10:50 am **El tercer mundo y los derechos humanos: Bandung, racismo y descolonización**

Profesor: Joao Henrique Ribeiro Roriz

12:50 pm Almuerzo

14:30 pm **Libre**

LUNES 7



8:30 am ***Litigating International Law before Domestic Courts***
Profesor: Mathias Forteau

10:30 am Receso

10:50 am ***Las dimensiones del Derecho Internacional Privado***
Profesor: Roberto Ruiz Diaz Labrano

12:50 pm Almuerzo

14:30 pm ***Los aportes del Comité Jurídico Interamericano al desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional***
Profesor: George Bandeira Galindo

MARTES 8



8:30 am ***La cooperación jurídica internacional***
Profesor: Roberto Ruiz Diaz Labrano

10:30 am Receso

10:50 am ***Litigating International Law before Domestic Courts***
Profesor: Mathias Forteau

13:10 pm Almuerzo

14:30 pm ***Litigating International Law before Domestic Courts***
Profesor: Mathias Forteau

MIÉRCOLES 9



8:30 am ***Arbitraje Transnacional: del exitoso presente al futuro incierto*** Profesor: Diego Fernández Arroyo

10:30 am Receso

10:50 am ***Familias internacionales ante los nuevos desafíos globales***
Profesora: Nuria González Martín

12:50 pm Almuerzo

14:30 pm ***Familias internacionales ante los nuevos desafíos globales***
Profesora: Nuria González Martín

JUEVES 10



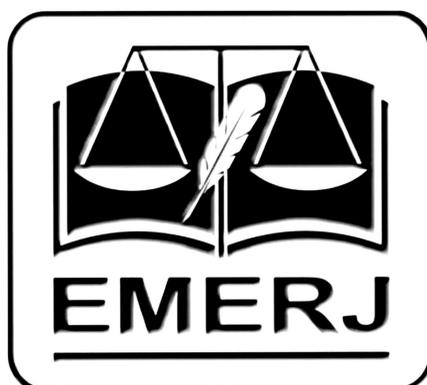
- 8:30 am **Participación en la Reunión de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)**
Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio Rua Marquês de São Vicente, 225, Gávea – Rio de Janeiro, RJ – Brasil
- 10:30 am Receso
- 10:50 am **Participación en la Reunión de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)**
- 12:50 pm Almuerzo
- 14:30 pm **Participación en la Reunión de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)**

VIERNES 11



- 8:30 am **Arbitraje Transnacional: del exitoso presente al futuro incierto**
Profesor: Diego Fernández Arroyo
- 10:30 am Receso
- 11:00 am **Ceremonia de clausura**
Auditório Paulo Ventura – primer piso de la EMERJ
- Dr. Jean-Michel Arrighi, Secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA
 - Embajador Néstor Méndez, Secretario General Adjunto de la OEA
 - Homenaje al Embajador João Clemente Baena Soares, ex Secretario General de la Organización de los Estados Americanos y ex Presidente del Comité Jurídico Interamericano
 - Dr. José Antonio Moreno Rodríguez, Presidente del Comité Jurídico Interamericano
 - Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, Diretor-Geral da EMERJ
- Entrega de certificados**
- Fotografía Oficial**
- 12:50 pm Almuerzo

**El 48° Curso de Derecho Internacional
es co-patrocinado por:**



El Curso de Derecho Internacional es un evento organizado anualmente desde 1974 por el Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos (SAJ) de la OEA.



OEA

Más derechos
para más gente



OEA/OAS

Curso de Derecho
Internacional
ALUMNOS 48° CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL (2023)

NOMBRE	PAÍS
1. Adriana Verónica Villa	Argentina
2. Carlos Ignacio de Casas	Argentina
3. Paloma Hernández	Argentina
4. Magdalena Bulit Goñi	Argentina
5. Marcel Harald Zernikow	Francia
6. Sarah Marita Montesinos Salinas	Bolivia
7. Alvaro Marcelo Zegarra Rivero	Bolivia
8. Marcos Nogueira Franco de Oliveira	Brasil
9. Valeria R. Zanette	Brasil
10. Pedro Augusto Mutton de Carvalho	Brasil
11. Vitor Silva de Moraes	Brasil
12. Marilha Boldt	Brasil
13. Lucas Catib De Laurentiis	Brasil
14. Gabriela Hühne Porto	Brasil
15. Florencia Gavagna	Brasil
16. Maria Paula Gouvea Galhardo	Brasil
17. Andrea Barroso Silva	Brasil
18. Renata Medina	Brasil
19. Felipe Andrés Stuardo Rodríguez	Chile
20. Daniela Andrea San Martín Romero	Chile
21. Sofía Alejandra Bernier Contador	Chile
22. Carmen Andrea Morales Bórquez	Chile
23. María Cecilia Aguirre Merino	Ecuador
24. Bolivar Carlos Eduardo Aguirre Rivas	El Salvador
25. Judith Ponce Ruelas	México
26. Luis Alberto López Ramírez	México
27. María Fernanda Arreguín Gámez	México

28. Jesús Ricardo Huerta Ayala	México
29. Rubén Darío Álvarez Ángeles	México
30. Linda Rosario Chávez Cedillo	México
31. Manuel Fernando Díaz Rodríguez	México
32. Carlos Guevara Mann	Panamá
33. Ricardo René Gavilán Chamorro	Paraguay
34. María Ofelia Delvalle Cáceres	Paraguay
35. Tatiana Mercedes Aristo Pozo	Perú
36. Mabel A. García Tapia	República Dominicana
37. María Laura Capalbo Alzogaray	Uruguay
38. Daniel Alejandro Trecca Trápani	Uruguay

La Organización de los Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a varios Estados, así como a la Unión Europea.

Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados Miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas; los Organismos Especializados, y otras entidades establecidas por la Asamblea General.

La Asamblea General celebra períodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en períodos extraordinarios de sesiones. La Reunión de Consulta se convoca con el fin de considerar asuntos de carácter urgente y de interés común, y para servir de Órgano de Consulta en la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), que es el principal instrumento para la acción solidaria en caso de agresión. El Consejo Permanente conoce de los asuntos que le encomienda la Asamblea General o la Reunión de Consulta y ejecuta las decisiones de ambas cuando su cumplimiento no haya sido encomendado a otra entidad; vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros así como por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y además, actúa provisionalmente como Órgano de Consulta para la aplicación del TIAR. La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. La Sede tanto del Consejo Permanente como de la Secretaría General está ubicada en Washington, D.C.

Estados Miembros: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

ISBN: 978-0-8270-7829-1



Curso de Derecho
Internacional