

Cámano

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 10 / Diciembre 2018



FACULTAD DE
DERECHO

- El derecho colectivo de las comunidades indígenas al territorio y su relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos. Un análisis del SIDH
- El jurista ante el fenómeno de la integración europea
- La comunidad internacional, ¿en pro de la subjetividad jurídica internacional de las multinacionales?
- Investigaciones de tortura y otros malos tratos. Aplicación del concepto

cálamó

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla.

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

RECTOR

Carlos Larreátegui

VICERRECTOR ACADÉMICO

Gonzalo Mendieta

DECANA

Alexandra Vela

DIRECTOR ACADÉMICO

Jean Christophe Lievain

DIRECTORA CÁLAMO

Pamela Jijón

COORDINADORA EDITORIAL

Lydia Andrés

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- Juan Carlos Prado, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD Universidad de las Américas
- Pamela Jijón, PhD Universidad de las Américas
- Wladimir Sierra, PhD Universidad de Berlín
- Santiago Zarria, Mg. Universidad de las Américas
- Emilio Cerezo, Mg. Universidad de las Américas

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”, Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica González Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba

- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba
- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Juan Manuel Alba, PhD. Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

Alejandro Sarzosa

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

V&M Gráficas
Contacto: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canje dirigirse a: Universidad de Las Américas. Facultad de Derecho. Sede Norte, instalaciones José Queri. Bloque 6. Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:
calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

ISSN
1390-8863

Cálamo 10: Los artículos que conforman el número 10 de Cálamo, previo su publicación, han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

Para la historia de Cálamo, nuestra revista de estudios jurídicos, este es un momento importante. Llegar a la décima edición es para nosotros muy significativo, pues consolida nuestro compromiso de generar desde la universidad un espacio para la socialización del conocimiento. Cálamo nos ha permitido en sus diez ediciones integrarnos en la comunidad académica con altos estándares de calidad y sin nunca descuidar el compromiso con la realidad social y los cuestionamientos de actualidad. Pese a ser una revista abierta genéricamente a la reflexión sobre el Derecho, cada número ha respondido a distintos acentos editoriales, que nos han garantizado ahondar en temáticas de interés común, como son la discusión de género, el pluralismo jurídico, el trabajo, la reforma constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho internacional y el derecho administrativo.

La sección *Dossier* de este número reúne artículos que se interesan en el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Iniciamos con la contribución de Liliam Fiallo, quien nos propone un análisis de la evolución de la protección del derecho colectivo de propiedad sobre los territorios ancestrales, haciendo hincapié en la relación que este derecho mantiene con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. En el segundo artículo, el interés que el mundo experimenta ante la crisis del proyecto de construcción de la Unión Europea, es estudiado por Luis González desde el Derecho internacional. Por su parte, Jacqueline Hellman ve en el proceso de humanización del que es objeto el Derecho Internacional actual, el germen para repensar la subjetividad jurídica internacional. Por último, Cisne Ojeda expone la problemática de la tortura y los malos tratos, a partir de la exposición de distintas legislaciones y un estudio de caso, con el fin de aclarar las diferentes definiciones que están en juego y que deben ser consideradas al momento de dictar una sentencia.

En la sección Ensayos, a partir del estudio del marco legal de protección español, el primer texto, de Silvia Vilar, comparte reflexiones acerca de la vulnerabilidad de los derechos de la personalidad a la que está expuesto el sujeto contemporáneo en su uso de internet. Luego, en nuestra voluntad de acoger estudios pluridisciplinarios del Derecho, Jorge Poveda plantea en su texto la posibilidad de ver en el arte un dispositivo para la remediación inmaterial de las violaciones de derechos humanos.

Continuando con el eje pluridisciplinar, les presentamos la entrevista realizada por Diego Jadán a la historiadora Galaxis Borja, para, desde una perspectiva de Filosofía jurídica, ahondar en la relación que se estructuró en el Ecuador del siglo XIX entre liberalismo y religión católica.

Cerramos el número con la reseña de Pamela Jijón sobre el libro de Frédéric Lordon, *Los afectos de la política*, en el que nos invita a repensar la política y la acción política. En este ensayo, el filósofo y economista francés, heredero del pensamiento de Spinoza, plantea la no separación entre la idea y el afecto, en el intento de construir lo que él llama un estructuralismo de las pasiones.

Introducir este décimo número es a la vez ocasión para reiterarles nuestro agradecimiento y apertura ante su lectura crítica. Queremos desde aquí, generar espacios para la discusión acerca de nuestro común interés por el Derecho. Les deseamos una excelente lectura y esperamos desde ya con mucho entusiasmo los siguientes números.

Alexandra Vela Puga
Decana de la Facultad de Derecho
Universidad de Las Américas

Dossier

- EL DERECHO COLECTIVO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS AL TERRITORIO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS. UN ANÁLISIS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 6
Lilliam Fiallo
- EL JURISTA ANTE EL FENÓMENO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA. REVISITANDO VIEJOS DEBATES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL 25
Luis González Alonso
- LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, ¿EN PRO DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DE LAS MULTINACIONALES? 37
Jacqueline Hellman
- INVESTIGACIONES DE TORTURA Y OTROS MALOS TRATOS. APLICACIÓN DEL CONCEPTO 50
María del Cisne Ojeda

Ensayos

- VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD FRENTE A INTERNET. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL DE PROTECCIÓN 60
Silvia Vilar González
- EL ARTE COMO ESTRATEGIA DE REPARACIÓN INMATERIAL DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS. LA IMAGEN ARTÍSTICA PARA LA TRANSFORMACIÓN DE LAS NARRATIVAS DE LA VIOLENCIA 73
Jorge Poveda

Entrevista

- LIBERALISMO Y RELIGIÓN CATÓLICA EN EL ECUADOR DEL SIGLO XIX. ENTREVISTA A LA HISTORIADORA ECUATORIANA GALAXIS BORJA GONZÁLEZ 88
Diego Jadán Heredia

Reseña

- LOS AFECTOS DE LA POLÍTICA 96
Pamela Jijón

DOSSIER

ndb.

EL DERECHO COLECTIVO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS AL TERRITORIO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS. UN ANÁLISIS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

TERRITORY COLLECTIVE RIGHT OF INDIGENOUS COMMUNITIES AND ITS RELATION WITH THE RIGHT TO FREE DETERMINATION. AN ANALYSIS OF THE INTERAMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

O DIREITO COLETIVO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AO TERRITÓRIO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À LIVRE DETERMINAÇÃO DE SEUS POVOS. UMA ANÁLISE DO SIDH

*Lilliam Fiallo**

Recibido: 19/09/2018

Aprobado: 10/11/2018

Resumen

El derecho al territorio de los pueblos indígenas ha sido entendido en el marco jurisprudencial del SIDH como un derecho del cual dependen otros, tales como la vida, la salud, la integridad física, la identidad cultural y la libertad religiosa. Ello, precisamente, porque la relación de los pueblos indígenas con la tierra no es una mera cuestión de posesión o producción, sino el elemento material y espiritual de reproducción de su vida. De manera coherente con esta concepción, el SIDH ha concebido el derecho al territorio como una pre-condición del derecho de autodeterminación de los pueblos. En ambos casos, el reconocimiento del carácter de ‘pueblos’ a las denominadas por mucho tiempo como “minorías étnicas”, fue un momento central.

Analizando de manera entrelazada el plano legislativo y el jurisprudencial, este artículo aborda la evolución de la protección del derecho colectivo de propiedad sobre los territorios ancestrales, en su estrecha relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos, a partir de la reconstrucción en clave histórica de las demandas políticas del Movimiento Indígena Internacional que tomó fuerza en los setenta. Con este fin, se analiza la evolución legislativa de estas categorías en los Convenios 107 y 169 de la OIT,

los Pactos Gemelos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como en el Informe Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas de la ONU. Desde la dimensión jurisprudencial, se toman como referentes las decisiones de los casos Miskito Vs. Nicaragua, Yanomami Vs. Brasil, Awuás Tingni Vs. Nicaragua, Yakye Axa Vs. Paraguay; Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Xakmok Kásek Vs. Paraguay y Pueblo Saramaka Sarayaku Vs. Ecuador.

Palabras clave: SIDH; Derecho colectivo; Territorio; Pueblos indígenas; Autodeterminación

Summary

In the jurisprudential framework of the ISHR, the territory right of indigenous peoples is understood as a right from which other depends, such as life, health, physical integrity, cultural identity and religious liberty. This is because the relation between indigenous peoples and land/territory is not just a matter of possession or production, but the material and spiritual element of reproduction of their life.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana. Master en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Habana. Master en Ciencias Sociales con mención en Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Ecuador.

In coherence with this conception, the SIDH has conceived the territory right as a pre-condition of indigenous people's self-determination right. In both cases, the recognition of the character of 'people' to the so-called "ethnic minorities" was a central moment.

Analyzing both from the legislative and the jurisprudential perspectives, this article addresses the evolution of the property collective right protection for ancestral territories, in its close relation with the people's right to free determination, from the historical reconstruction of the political demands of the International Indigenous Movement that got stronger in the seventies. For this purpose, I analyze the legislative evolution of these categories in the ILO conventions 107 and 169, the Twin Covenants, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples; the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, and in the UN Study Report on the Problem of the Discrimination Against Indigenous Populations. From the jurisprudential dimension, I take as references the decisions of the cases *Miskito Vs. Nicaragua*, *Yanomami Vs. Brasil*, *Awuás Tingni Vs. Nicaragua*, *Yakye Axa Vs. Paraguay*; *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *Xakmok Kásek Vs. Paraguay* and *Saramaka Sarayaku People Vs. Ecuador*.

Key words: SIDH; Collective right; Territory; Indigenous peoples; Self-determination

Resumo

O direito ao território dos povos indígenas foi entendido no marco jurisprudencial do SIDH como um direito do qual

dependeram outros, tais como a vida, a saúde, a integridade física, a identidade cultural e a liberdade religiosa. Isso, precisamente porque a relação dos povos indígenas com a terra não é uma mera questão de posse ou produção, mas, elemento material e espiritual de reprodução de sua vida. De maneira coerente com esta concepção, o SIDH concebeu o direito ao território como uma pré-condição do direito de autodeterminação dos povos. Em ambos os casos, o reconhecimento da característica de "povos" às denominadas por muito tempo como "minorias étnicas", foi um momento central.

Analisando de maneira entrelaçada o plano legislativo e o jurisprudencial, este artigo aborda a evolução da proteção do direito coletivo de propriedade sobre os territórios ancestrais, e sua estreita relação com o direito de livre determinação dos povos, a partir da reconstrução em chave histórica das demandas políticas do Movimento Indígena Internacional que ganhou força nos setenta. Com este fim, se analisa a evolução legislativa destas categorias nos Convênios 107 e 169 da OPIIT, os Pactos Gêmeos, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; assim como o Informe Estudio do Problema da Discriminação contra as Populações Indígenas da ONU. Desde a dimensão jurisprudencial, se tomam como referentes às decisões dos casos *Miskito Vs. Nicaragua*, *Yanomami Vs. Brasil*, *Awuás Tingni Vs. Nicarágua*, *Yakye Axa Vs. Paraguai*; *Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, *Xakmok Kásek Vs. Paraguai* y *Pueblo Saramaka Sarayaku Vs. Equador*.

Palavras chave: SIDH; Direito coletivo; Território; Povos Indígenas; Autodeterminação

INTRODUCCIÓN

A decir de Claudio Nash, la construcción del discurso de los derechos de los indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en lo adelante SIDH) se ha articulado en torno a dos ideas: por una parte, la discriminación que han sufrido históricamente en la esfera de sus derechos humanos individuales, y, por otra, su reconocimiento en calidad de sujetos colectivos, a cuyo estatus viene vinculado un amplio catálogo de derechos (Nash Rojas 2003).

El presente ensayo pretende abordar de manera crítica, el tratamiento que le ha dado el SIDH a dos de

los derechos que se reconocen a las comunidades indígenas en calidad de sujetos colectivos y que guardan entre sí una relación de interdependencia: el derecho al territorio y el derecho a la libre determinación.

El derecho al territorio de los pueblos indígenas ha sido entendido en el marco jurisprudencial del SIDH como un derecho del cual dependen otros, tales como la vida, la salud, la integridad física, la identidad cultural y la libertad religiosa. Ello, precisamente porque la relación de los pueblos indígenas con la tierra no es una mera cuestión de posesión o producción, sino el elemento material y espiritual de reproducción de

su vida¹. De manera coherente con esta concepción, se ha concebido el derecho al territorio como una pre-condición del derecho de autodeterminación de los pueblos. En este sentido, la CIDH ha expresado que “la falta de acceso al territorio ancestral, impide el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la libre determinación” (2009). En ambos casos, el reconocimiento del carácter de ‘pueblos’ a las denominadas por mucho tiempo como “minorías étnicas”, fue un momento central.

Sin embargo, el estado actual de la refrendación de estos derechos es el producto de un largo camino en el ámbito internacional y, específicamente, en el escenario del sistema interamericano. A pesar de no haber contado con una norma propia que regulara estos temas, el SIDH fue acogiendo los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas utilizando un criterio de interpretación extensiva de su propia normativa. Tanto la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, respondiendo a una matriz liberal, reconocieron únicamente los derechos individuales de sujetos que tenían también este carácter; no obstante, los órganos judiciales interamericanos, a tenor del artículo 29a de la Convención Americana, han declarado que no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos reconocidos en dicho instrumento².

Este ha sido el presupuesto jurídico necesario para que la Comisión y la Corte comenzaran a aplicar extensivamente el artículo 21 de la Convención (derecho a la propiedad privada), con el fin de garantizar y proteger la propiedad de carácter colectivo de las comunidades

indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales. Al paralelo, como parte del mismo criterio interpretativo, los órganos interamericanos han incorporado en la aplicación de sus instrumentos los estándares fijados por el desarrollo normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³, así como de la jurisprudencia de los órganos de las Naciones Unidas⁴, a la vanguardia en estos temas.

La más reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de junio del 2016, se ha convertido en la primera norma jurídica propia del sistema interamericano en regular tales derechos colectivos. En este sentido, aunque era una normativa necesaria y pendiente desde finales de los noventa, no puede decirse que haya existido un vacío regulativo en estas materias con anterioridad a este instrumento. La incorporación -vía jurisprudencia- en el marco jurídico del sistema interamericano del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989) y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), según Clavero, no permitiría realizar esta afirmación (clavero 2016).

En el presente ensayo se analizará, tomando como referencia el plano legislativo y el jurisprudencial, la evolución de la protección del derecho colectivo de propiedad sobre los territorios ancestrales, en su estrecha relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos. Como parte del *íter* histórico que se pretende construir, también será analizada la influencia del discurso y las peticiones políticas del Movimiento Indígena Internacional que tomó fuerza a partir de los setenta, para el reconocimiento de estos derechos.

- 1 Este criterio es ratificado en el Informe *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, párr. 1, de acuerdo a los criterios planteados anteriormente en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.
- 2 *Ibid.*, párr. 10. Este criterio ya estaba presente en el informe de la CIDH, “La situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito y resolución sobre el procedimiento de solución amistosa”. OEA/Ser.L/V/II.62doc. 10 rev. 329 noviembre 1983, párr. 1, p. 47.
- 3 *Ibid.*, párr 4. Con ello reitera sus decisiones anteriores: CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 88. CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 96.
- 4 Según el informe *Derechos de los pueblos indígenas y tribales*, “Durante los últimos años, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha contribuido a desarrollar los contenidos mínimos del derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, con base en las disposiciones de la Convención Americana y de la Declaración Americana, interpretadas a la luz de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo [OIT], de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes relevantes, conformando un *corpus iuris* coherente que define las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA en relación con la protección de los derechos de propiedad indígenas.” *Ibid.*, párr 6.

MOVIMIENTO INDÍGENA Y RECONOCIMIENTO EN SEDE INTERNACIONAL DE LA CATEGORÍA ‘PUEBLOS’ EN LAS DÉCADAS DE LOS SETENTA Y OCHENTA. SUS IMPLICACIONES PARA EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN

La década de los setenta del pasado siglo puede situarse como el momento en que se comienza a visibilizar la problemática de las minorías étnicas en la palestra pública internacional, lo cual abre una estructura de oportunidad para el reconocimiento de los pueblos indígenas. Sin embargo, no es un período exento de tensiones, toda vez que la posición de vanguardia que asume el Movimiento Indígena Internacional, con una representación de importancia en Latinoamérica, choca con una legislación que sigue lentamente el ritmo de los acontecimientos políticos y, aún más, contra las posturas estatales, reacias a la incorporación del pluralismo⁵.

La emergencia del Movimiento Indígena a nivel internacional, y específicamente su articulación en América Latina, constituye un punto clave para comprender el giro operado al interior de la Organización de las Naciones Unidas y también del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La agenda del Movimiento Indígena estuvo encaminada a lograr visibilidad política, a interpelar a los Estados-nación y a los organismos multilaterales y, asimismo, a buscar brechas para el reconocimiento de derechos en la sede del Derecho Internacional (Burguete Cal y Mayor 2007).

En esta línea es esencial la Declaración de Barbados de 1971, donde se retomó la idea del vínculo colonial como punto de partida para la crítica, al dejar sentado que los indígenas de América continuaban sujetos a una relación colonial de dominio cuyo origen se encontraba en el momento de la Conquista y que no se había roto en las sociedades nacionales. Se utilizó

entonces un discurso marxista que identificó a los ‘indios’ con la clase explotada, mano de obra en función del capital. A partir de ahí, se reconoció su derecho pleno y su capacidad para crear sus propias alternativas históricas de liberación y se exhortó a la “creación de un Estado verdaderamente multiétnico en el cual cada etnia tuviera derecho a la autogestión y a la libre elección de alternativas sociales y culturales”⁶.

De tal suerte, aun cuando en dicho documento no se utilizó la categoría nación o nacionalidad para referirse a los colectivos étnicos, ya se habló de ‘pueblos’, se reconoció su derecho a la autodeterminación y se invocó la necesidad de construir un nuevo modelo de Estado. Este nuevo modelo de Estado debía garantizar a todas las poblaciones indígenas “el derecho de ser y permanecer ellas mismas, viviendo según sus costumbres y desarrollando su propia cultura por el hecho de construir entidades étnicas específicas”; “reconocer y garantizar a cada una de las poblaciones indígenas la propiedad de su territorio, registrándolas debidamente y en forma de propiedad colectiva”; y “reconocer el derecho de las entidades indígenas a organizarse y regirse según su propia especificidad cultural”⁷. Sin embargo, estos avances en el reconocimiento del carácter de las comunidades indígenas y sus derechos no tuvieron una recepción inmediata en la legislación internacional.

El Convenio 107 de la OIT, de 1957, había sido una normativa pionera en la protección de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales, las cuales, según la letra del convenio, vivían “más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y

5 En el ámbito latinoamericano, el surgimiento de los Estados nacionales estuvo marcado por el discurso sobre un paradigma estatal asimilacionista que pretendió incorporar a los indígenas al proyecto nacional en calidad de ciudadanos, es decir, de sujetos individuales con una serie de derechos políticos. Sin embargo, este discurso chocó contra una actividad legislativa y una práctica política que escindía el espacio público entre ciudadanos activos y pasivos. Las prácticas segregacionistas de los funcionarios públicos se mantuvieron aún después de haber sido eliminados los frenos legislativos, reproduciéndose, incluso, en el presente.

6 Declaración de Barbados I, 1971. Disponible en laguarura.net/2012/11/04/a-proposito-de-la-lucha-indigena-declaracion-de-barbados-i-ii-y-iii.

7 Declaración de Barbados I, 1971.

culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen”⁸, razón por la cual les permitía mantener sus propias costumbres e instituciones siempre que no fueran incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional⁹. Si bien el convenio en cuestión había declarado explícitamente su carácter integracionista¹⁰, a la luz de esta norma, se hicieron algunos reconocimientos importantes a favor de estas comunidades, entre ellas, el del derecho de propiedad, colectivo o individual, sobre las tierras tradicionalmente ocupadas¹¹.

Esta tendencia asimilacionista, hegemónica en el contexto descrito, lleva a Burguete a señalar que, a pesar de que el derecho a la libre determinación tuvo su reconocimiento formal en el Derecho Internacional a partir de la Resolución 1514 (XV) del año 1960 de la Asamblea General de la ONU (Magna Carta de la Descolonización), y en 1966 la Resolución 2200 (XXI) había ratificado este compromiso a través de los denominados Pactos Gemelos (1966), que reconocían a los pueblos el derecho a la libre determinación en virtud de la cual podían decidir libremente su condición política y su modo de desarrollo económico, social y cultural, este reconocimiento no alcanzó a las llamadas “minorías étnicas”, las que no eran consideradas como “pueblos” (Burguete Cal y Mayor 2007). Continúa la autora señalando que la presencia indígena en la Conferencia Internacional de Organizaciones no Gubernamentales sobre la Discriminación de los Pueblos Indígenas de las Américas, de 1976, que ascendió a más de 200 miembros, se considera central para el surgimiento de la agenda indígena internacional, debido a que esta nueva presencia en la ONU abrió toda una veta de reconocimiento de derechos, del que destaca el reconocimiento como pueblos y, en consecuencia, el reconocimiento del derecho a la libre determinación y la autonomía.

En esa década, ubica Claudio Nash una primera etapa del tratamiento del “problema indio” en la CIDH, que califica el propio autor como una práctica tendente a enfocar a los indígenas como individuos vulnerables, grupo débil, de bajo nivel cultural y, en consecuencia, a

proteger únicamente sus derechos individuales (Nash 2003). Ello, sin lugar a duda, muestra que el SIDH, en una postura no muy diferente del resto de los organismos internacionales, se encontraba rezagado en sus posiciones respecto a la radicalidad que esgrimía el Movimiento Indígena.

Un hito importante para la recepción de las novedades políticas que traía el Movimiento Indígena a este proceso, se da con el Informe Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas de la ONU, realizado entre 1981 y 1983 -más conocido como el Informe Martínez Cobo-, donde se dio el reconocimiento en sede del Derecho Internacional de ‘pueblos’ a las distintas etnias y su derecho a la autodeterminación. Según Burguete Cal y Mayor, es sólo hasta 1983 que este documento aportó la base jurídico-política al derecho sin restricciones a la libre determinación a favor de los pueblos indígenas, es decir, “el derecho a constituirse en Estado”, o bien, el derecho a ser autónomo “en el sentido de disponer de una estructura administrativa y un sistema judicial separados y distintos, determinados por ellos mismos e intrínsecos a ese pueblo o grupo” (ONU 1983).

El informe de José R. Martínez Cobo identificó el serio problema de la discriminación sufrida por los pueblos indígenas en distintos países y, tras un extenso estudio sobre las diversas definiciones y los elementos culturales, políticos y legislativos de “la condición indígena”, estableció la libertad de cada pueblo para autodefinirse y, como parte de este fenómeno, para autorregularse. De tal suerte, comenzando las conclusiones del informe, Martínez Cobo planteó:

...it should be stressed that the importance of the fact that policies of pluralism, self-reliance, self-management, and ethno-development seem to provide for better opportunities and means for direct participation by indigenous populations in the formulation and implementation of the policies adopted by the State.¹²

8 Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 107 de 1957. Art. 1b.

9 OIT. Convenio 107 de 1957. Art. 7.2.

10 Este convenio tenía el objetivo de integrar o asimilar a las poblaciones indígenas dentro de sus respectivos Estados nacionales.

11 OIT. Convenio 107. Art. 12.

12 *Ibíd.*, 8.

Esta visión de la autodeterminación remite fundamentalmente a un derecho de carácter amplio reconocido a los pueblos en tanto sujetos colectivos, cuyo contenido sería “el control del territorio, el autogobierno, ámbito territorial con jurisdicción, competencias y facultades, y participación y representación en los órganos de decisión nacional” (Sánchez 2010). De tal suerte, en esta línea, el mismo informe reconocía que, a pesar de que se habían proyectado académicamente algunas variantes al modelo de Estados-nación asimilacionista, que versaban sobre proyectos de autogobiernos indígenas, éstos aún no habían tenido resultados positivos¹³.

Como culminación de estos primeros tanteos a la problemática de la autonomía indígena, Martínez Cobo concluyó defendiendo el derecho de los pueblos indígenas “... to preserve, develop and perpetuate their culture, social and legal institutions by transmitting them to the future generations, when they have clearly expressed the desire to do so...”¹⁴. Y, asimismo, el derecho natural e inalienable “to keep the territories they possess and to claim the land of which they have been deprived. In others words, they have the right to the natural cultural heritage contained in the territory and freely to determinate the use to be made of it”¹⁵.

El informe también hizo énfasis en la necesidad de que los Estados incluyeran y “sintetizaran” elementos culturales de los pueblos indígenas establecidos en su territorio, lo cual sin poder ser interpretado como una propuesta de Estado multiétnico, menos plurinacional, sin dudas apuntaba a la deconstrucción de un modelo de Estado integracionista. Sin embargo, lo más significativo, por ser el punto del cual se derivan estos reconocimientos, es el hecho de denominar ‘pueblos’ a las poblaciones indígenas¹⁶. Ello representó el salto

cualitativo que permitiría a los mismos acogerse a la normativa internacional existente en materia de derechos de autodeterminación¹⁷.

No obstante, el origen de la aplicación de la categoría de “pueblos” a las comunidades indígenas, parece datar de antes del informe que ubica Burguete. En este sentido, de la consulta del mismo informe, se observa como anexo la Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, de 1978, en la que ya se hacía plena referencia a los grupos indígenas como pueblos, y en función de ello se les reconocían derechos de autodeterminación. Así, el punto 21 de la Parte Declarativa de dicho documento establecía:

The Conference endorses the right of *indigenous people* to maintain their traditional structure of economy and culture, including their own language, and also recognizes the special relationship of indigenous peoples to their land and stresses, land rights and natural resources should not be taken away for them (ONU 1983, 31).

En consecuencia, la Conferencia “impulsaba” a los Estados miembros a reconocer a los pueblos indígenas los siguientes derechos:

- a. to call themselves by their proper name and to express freely their ethnic, cultural and other characteristics;
- b. to have an official status and to form their own representative organizations;
- c. to carry on within their areas of settlement their traditional structure of economy and way of life;
- d. to maintain and use their own languages, wherever possible, for administration and education.¹⁸

¹³ Este convenio tenía el objetivo de integrar o asimilar a las poblaciones indígenas dentro de sus respectivos Estados nacionales.

¹⁴ “None of the forms of autonomy and self-determination which the indigenous population require as essential to their adequate development is applied satisfactorily in practice and that governments often assert that they apply and respect them. Measures must be taken for the control, review and periodic revision of the policies officially adopted, so that they can be constantly brought into line with the changing circumstances of contemporary societies ...” ONU. *Informe Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, 8.

¹⁵ *Ibíd.*, 21.

¹⁶ *Ibíd.*, 26.

¹⁷ Esta normativa fue, fundamentalmente, la que había surgido con los Pactos Gemelos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 1966.

¹⁸ *Ibíd.*, 32.

Encontramos aquí, posiblemente, el origen del reconocimiento a los pueblos indígenas en cuanto tales, lo que posteriormente se afianzó en la postura defendida por Martínez Cobo en su informe de 1983, reforzando su derecho a la autodeterminación. Ahora, es preciso dejar en claro en este punto, que, si bien a nivel legislativo se fue receptando de manera gradual la denominación de pueblos a las comunidades indígenas, su carácter de sujetos colectivos y una serie de derechos vinculados con este estatus, no pasó lo mismo con el derecho a la autodeterminación, el cual fue incorporado en la normativa de la ONU recién en el año 2007, a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En el ámbito interamericano, el escenario fue mucho menos favorable para este reconocimiento. En este punto, Clavero señala que mientras en la ONU ya se utilizaba el denominativo de ‘pueblo’ con carácter jurídico desde el Convenio 169 de la OIT, de 1989, el proyecto de Declaración Americana sobre los

Derechos de los Pueblos Indígenas, de 1999, todavía se expresaba en términos de ‘poblaciones’ y ‘comunidades’ indígenas. No es hasta el 2001 que se acogió la denominación de ‘pueblos’ en el proyecto en cuestión, pero aún sin todo el contenido otorgado por el Derecho Internacional a la categoría. Concluye este autor que la aceptación del término, con todas sus implicaciones jurídicas y políticas, tuvo lugar recién en el año 2015, en el marco de los debates del texto final de la Declaración Americana (Clavero 2016, 2).

De tal suerte, en el año 1983, cuando ya existía al menos este debate en el marco de la ONU, la CIDH se mostraba hasta cierto punto ajena, o implícitamente en contra, de tal reconocimiento. El caso *Miskitos Vs. Nicaragua* es una muestra de ello. Sin embargo, es necesario precisar que tanto éste como el caso *Yanomami Vs. Brasil*, se pueden ubicar dentro de una nueva tendencia de la CIDH, en la cual se inicia otro ciclo en la labor interpretativa de este órgano. A ello se hará referencia a continuación.

LA EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LAS ‘TIERRAS’ ANCESTRALES EN SEDE DE LA CIDH EN LA DÉCADA DE LOS OCHENTA

Claudio Nash ubica en los años ochenta una segunda etapa de la CIDH en relación con el tratamiento de los pueblos indígenas (Nash 2003). En esta década la CIDH les aplica la condición de minorías y establece mecanismos de Derecho Internacional para su protección en cuanto grupos: en especial la protección del derecho de igualdad y de no discriminación. Asimismo, de la mano de estos avances, comienza a hacer una interpretación extensiva del derecho a la propiedad, protegiéndolo también como un derecho colectivo, bajo la premisa de que los derechos reconocidos debían ser interpretados en el modo en que salvaguardaran en mayor medida a sus destinatarios y nunca en un sentido restrictivo (CIDH 1983). Ello guarda lógicamente una estrecha relación con el reconocimiento del derecho a la tierra que se da en este momento, si bien debe hacerse notar que una de las principales tensiones puede resumirse

en el uso ambiguo de los términos tierra y territorio en la jurisprudencia interamericana.

El caso *Miskito Vs. Nicaragua* presenta una gran variedad de aristas en cuanto a violación de derechos humanos se refiere. El antagonismo que se hizo explícito a fines de 1981 y 1982 entre el Estado Sandinista y la comunidad indígena, con pretensiones de autodeterminación, dio al traste con una situación de vulneración de derechos humanos al grupo, en la que se hicieron patentes los encarcelamientos, la represión del derecho a la asociación política y el traslado forzoso de una parte considerable del pueblo al departamento de Zelaya, con la paralela huida de otra parte al territorio de Honduras.

De la manera en que se narran los hechos en el informe que se analiza, resulta clara la postura de los tres

actores centrales en el conflicto. De una parte, el pueblo miskito presenta tres reivindicaciones concretas: el reconocimiento en su totalidad -y no como parcelas o secciones otorgadas por el Gobierno a la luz de la Reforma Agraria- de los derechos a la tierra en territorio indígena, la garantía de sus derechos a los recursos naturales dentro de su territorio, y el derecho a la autodeterminación o autonomía. Por otra parte, se ubica claramente la postura del gobierno nicaragüense, que, en su afán de implementar un proyecto asimilacionista de Estado, desconoce como legítimas tales reivindicaciones. En tanto la CIDH mantiene una actitud conciliadora, y, en este sentido, intenta llevar a cabo un proceso de solución amistosa que fracasa en 1983. Así, en la segunda parte del informe “Derechos cuya violación se imputa al Gobierno de Nicaragua”, considera que se han violado los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad personal, al debido proceso, a la residencia y a la propiedad. Este último se presenta como el más relevante a los efectos del presente análisis.

La CIDH analiza, para este caso particular, el derecho de propiedad en dos vertientes: una individual, a la luz de la cual deja sentado que la acción del gobierno nicaragüense afectó la propiedad de los miembros de la comunidad sobre las viviendas, los enseres personales, los cultivos, entre otros, y, la otra, colectiva, habiendo sido afectadas las tierras ancestrales que pertenecían a los “miskitos en calidad de pueblo”¹⁹. Y en esta última vertiente aparece, también por primera vez en la jurisprudencia de la CIDH, la interpretación en sentido extensivo del derecho a la propiedad privada, reconocido en la legislación del sistema interamericano.

Llaman poderosamente la atención las reflexiones de la Comisión en torno a la categoría de pueblo que otorga a los miskitos a fin de justificar su derecho colectivo a la tierra. En este sentido, toma en cuenta un debate que tuvo lugar al interior de la ONU, relativo al artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos,

donde se reinterpretó el estatus de minoría étnica, en función de su determinación en calidad de ‘pueblo’. Sin embargo, a inicios de los ochenta este pacto aún no era interpretado a fin de aplicarles a las minorías los derechos colectivos asociados con la noción de pueblo para el Derecho Internacional, de modo que la misma Comisión concluye que si bien el Derecho Internacional moderno reconocía la vigencia del principio de la libre determinación de los pueblos, ello no significaba que éste se le reconociera a ningún grupo étnico, por el hecho de ser tal²⁰.

Si bien el estado actual del Derecho Internacional no permite considerar que los grupos étnicos de la zona atlántica de Nicaragua posean un derecho a su autonomía política y libre determinación, sí está reconocida, en cambio, una protección legal especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de aquellos aspectos vinculados a la preservación de su identidad cultural. A ello deben agregarse los aspectos vinculados con la organización productiva, lo cual incluye, entre otros, el problema de las tierras ancestrales y comunales.²¹

La Comisión no está en condiciones de pronunciarse sobre la validez estrictamente legal del reclamo de las comunidades indígenas sobre sus tierras ancestrales.²²

De esta manera, la CIDH, si bien negó el derecho a la libre determinación del pueblo miskito, por otra parte declaró protegido el derecho de propiedad sobre la tierra comunal indígena de los miskitos, lo cual representó, junto a la confirmación de su carácter de pueblo, un paso de importancia en el camino hacia el reconocimiento de los derechos colectivos. Sin embargo, antes de avanzar hacia una de las derivaciones de este reconocimiento, es necesario analizar el uso de las categorías ‘tierra’ y ‘territorio’ en el discurso de la Comisión, a fin de determinar si hubo también un avance en la cuestión.

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 7, 46.

²⁰ *Ibíd.*, párr. 9.

²¹ *Ibíd.*, párr. 15.

²² *Ibíd.*, párr. 16.

En este informe específico, es necesario relieves también la postura de los miskitos y del Estado respecto al tema. Del análisis del documento resulta que el Estado nicaragüense sólo se refiere al territorio haciendo alusión al ‘territorio nacional’, al ‘territorio de la patria’, mientras que la comunidad miskita siempre se refiere al territorio como el espacio en que se asientan los miskitos y donde se reproduce su vida, en estrechos vínculos con elementos simbólicos. La comunidad establece un claro criterio de diferenciación entre ambas, alineado, además, con el posicionamiento del Movimiento Indígena a nivel internacional. Prueba de ello se encuentra en la primera de sus peticiones: “Los derechos indígenas a la tierra en territorio indígena deben ser reconocidos en su totalidad y no como parcelas o secciones otorgadas por el Gobierno”²³.

En este contexto, la CIDH mantiene aún un discurso ambiguo, en el que la mayor parte de las veces se refiere a las ‘tierras’ como espacio en que se asienta la comunidad²⁴; otras haciendo mención a su carácter ancestral, mientras que en muy pocas ocasiones le da el mismo uso al ‘territorio’²⁵. Por otra parte, utiliza el término vinculado a la propiedad comunal. Sin embargo, lo más sensible en este punto es que la Comisión, en la parte resolutoria, después de haber sentado en la discusión anterior las bases para haber decidido sobre uno de los puntos centrales del litigio, no se pronuncia sobre el derecho ya sea a la tierra o al territorio.

Otro de los casos que sienta un precedente en esta temática en particular es el Yanomami Vs. Brasil. Este conflicto, desarrollado a lo largo de las décadas de 1970 y 1980, y cuya decisión en sede interamericana se dio mediante la Resolución 12 de la CIDH de 1985, versó sobre el reconocimiento de las tierras ancestrales de los indígenas Yanomami dentro del territorio de

Brasil, en el Estado de Amazonas y el territorio de Roraima, en la frontera con Venezuela.

Según los hechos narrados, en el año 1973 gran parte de la población que conformaba al pueblo Yanomami se vio obligada a abandonar el territorio que ocupaba debido a la construcción de una autopista que atravesó el mismo, por una parte, y, por otra, a la llegada de compañías mineras y explotadores independientes que llegaron atraídos por los descubrimientos de minerales en el subsuelo.

A consecuencia de ello, desde los ochenta comenzaron los esfuerzos tanto del gobierno como de la representación indígena (la FUNAI) para delimitar las tierras del grupo: en 1982 el gobierno estableció un área protegida de 7 millones de hectáreas y en 1984 la FUNAI hizo una nueva propuesta, ampliando dicha área a alrededor de 9 millones de hectáreas. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se implementó el reconocimiento, continuando la penetración de personas extrañas.

En este contexto resulta interesante el desarrollo del tema por parte de la Comisión, la que primero hace mención al Derecho nacional brasileño y, posteriormente, al Internacional. Del primero rescata el artículo 4 de la Constitución Federal de la República, donde se reconoce el derecho “de los selvícolas” -comprendidos en esta categoría los “individuos de origen pre-colombino cuyas características culturales los distinguen de la sociedad nacional”- a la ‘posesión’, con carácter permanente e inalienable, sobre las tierras que ocupaban. En cuanto al Derecho Internacional, la Comisión toma en cuenta el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y en función de estos precedentes, resuelve:

23 *Ibíd.*, G. Posteriores denuncias e informaciones, 17.

24 Por ejemplo, cuando plantea: “...estudiar una solución justa al problema de las *tierras indígenas* que permita recoger tanto las aspiraciones indígenas como atender los intereses económicos y la unidad territorial de la República” (párr. 3n, Conclusiones provisionales de la Comisión); “declarar expresamente que el traslado de los miskitos a TasbaPri tuvo un carácter temporal, por lo que, una vez que termine la emergencia, aquellos que lo deseen puedan retornar, con la colaboración y ayuda del Gobierno, a sus tierras en la región del Río Coko” (Recomendaciones de la Comisión al Gobierno de Nicaragua); “los estudios sobre el traslado forzado de las comunidades rurales en América muestran, sin excepción, que ese proceso es una experiencia traumatizante, en especial cuando afecta a poblaciones indígenas *unidas por fuertes lazos a su tierra y sus hogares*” (párr. E29, Derecho de Residencia y Tránsito según la Comisión), entre otros.

25 Por ejemplo: “en el complejo esquema de valores de la población indígena, lo que da sentido a la vida es su intrínseca vinculación con su *tierra*, con su ganado, sus plantaciones, sus camposantos, su religión y un complejo nexo de otros elementos que se combinan para infundir al *territorio* un profundo contenido espiritual (párr. E3, Derecho de Residencia y Tránsito según la Comisión).

Declarar que existen suficientes antecedentes y evidencias para concluir de que en razón de la omisión del Gobierno de Brasil para adoptar oportunas y eficaces medidas en favor de los indios Yanomami se ha producido una situación que ha dado como resultado la violación, en perjuicio de éstos, de los siguientes derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo 1); derecho de residencia y tránsito (artículo 8); y Derecho a la preservación de la salud y bienestar (artículo 9).

Con estas referencias del caso, es entonces posible realizar algunos apuntes. El primero es evidente: a pesar de que el derecho al territorio del grupo Yanomami es el fondo del asunto que conoce la CIDH, que uno de los elementos que toma en cuenta en los “Considerandos” es el “derecho a la posesión de tierras de los selvícolas” reconocido en la legislación nacional de Brasil, y que reconoce la violación de otros derechos que guardan una conexión con éste, en la parte resolutive no se pronuncia sobre este particular. Con ello ratifica la postura que sostuvo en el caso de los Miskito.

La otra cuestión es la relativa al tratamiento de los términos ‘tierra’ y ‘territorio’ a lo largo de la resolución. Un análisis del documento arroja diferentes usos dados a los términos, así como la vaguedad de los mismos. Tanto el uno como el otro se utilizan indistintamente como espacio en que se asientan los Yanomami. La muestra más fehaciente de la falta de claridad en la utilización de estos términos es la definición que retoma la CIDH del Estatuto del Indio de Brasil (Ley 6.001 de 1973), que establece que constituye territorio de los indios “las tierras ocupadas según sus costumbres y tradición, inclusive territorios donde realizan actividades indispensables para su subsistencia o que son de utilidad económica para ellos”²⁶. Sin embargo, en otras ocasiones se hace referencia a este

espacio de asentamiento con especial mención a su carácter ancestral, ligado a elementos simbólicos²⁷.

Este uso podría identificarse con el criterio anterior, aunque del análisis se concluye que se utilizan en contextos diferentes. Por otra parte, la resolución utiliza en algunas ocasiones el término ‘territorio’ únicamente en el sentido de ‘reserva indígena’²⁸, mientras que lo mismo hace con ‘tierras’ cuando lo utiliza para el tema de la propiedad sobre las mismas.

Para no extender más de lo aconsejable el análisis de este punto, se puede concluir que a la altura de 1985 la CIDH aun no manejaba un criterio uniforme sobre las diferencias entre tierra y territorio y, en todo caso, evitaba un pronunciamiento de fondo sobre el derecho colectivo de las comunidades indígenas tanto a la una, como al otro.

A partir de la década de los noventa, Claudio Nash ubica una tercera etapa en el tratamiento de las cuestiones indígenas por el sistema interamericano (Nash 2003). Sin lugar a duda, el Convenio 169 de la OIT se convirtió en un nuevo referente legislativo en la arena internacional en materia de reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, en el sentido de que recogió una serie de derechos colectivos tales como el ejercicio de instituciones propias y el derecho a la consulta previa.

No obstante, el derecho a la autodeterminación no fue recogido con todos sus efectos jurídicos en dicho instrumento, ya que contó con la importante limitación de la interpretación universalista de los derechos humanos y la concordancia con el orden constitucional vigente. Estos límites, al margen de una re-negociación del aparato estatal de los países en cuestión, dejaban en gran medida huecas de significado a tales normas. De igual modo, la falta de carácter vinculante de los resultados de la consulta previa dejó huérfano de sentido a esta propia institución.

26 párr. 3c, antecedentes.

27 Sobre el uso de ‘tierras’: “El desplazamiento de los indios de sus *tierras ancestrales* con todas las negativas consecuencias para su cultura, tradición y costumbres” (párr. 2, considerando), entre otros. Sobre el uso de ‘territorio’: “el *territorio que por tiempos inmemoriales habitaban* los indios Yanomami” (párr. 10, considerando).

28 “Delimitar como *territorio indígena un Parque Yanomami*” (párr. 2, antecedentes).

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA DÉCADA DE LOS NOVENTA

En la misma línea trazada por el Convenio 169, el SIDH comienza a enfocar a los pueblos indígenas como titulares plenos y, en determinados aspectos, con protección especial en el goce y ejercicio de ciertos derechos, en especial, el derecho al reconocimiento legal de sus formas de control, propiedad, uso y usufructo de las tierras y el derecho a la propiedad privada y posesión de tierras que habían venido ocupado históricamente. En este punto es muy interesante la ratificación de la línea jurisprudencial de dichos órganos bajo el criterio de la interpretación extensiva. Acá viene a ser de central importancia la sentencia *Aguas Tingni Vs. Nicaragua*.

Aguas Tingni, comunidad Mayagna, presentó su demanda ante el sistema interamericano, al considerar agotadas las vías internas para resolución de conflictos que proveía el ordenamiento jurídico nicaragüense. Desde 1995, la comunidad había sostenido un proceso en contra del Estado, a causa de una concesión que éste había realizado a favor de la empresa maderera SOLCARSA, sobre la base de considerar como estatales dichas tierras, y no de la comunidad.

En las Consideraciones de la Corte, resulta central que se siga la misma línea de la CIDH, y de su propia jurisprudencia anterior -citando a los casos *Yakye Axa Vs. Paraguay*; *Sawhoyamaya Vs. Paraguay* y *Pueblo Sarakama*, donde hace una interpretación extensiva del derecho a la propiedad (CIDH 2001). Más adelante complementa esta idea al plantear que:

En atención a lo anterior, y teniendo presente el criterio adoptado por la Corte en aplicación del artículo 29.b de la Convención (supra párrafo 148), la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha de-

limitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.²⁹

Ahora bien, es necesario reactivar el debate sobre el objeto de la propiedad. Parece haber, en este punto, un criterio ya sólido en la Corte de que la propiedad recae sobre los sistemas tradicionales de tenencia de la tierra. Éste, de hecho, es uno de los presupuestos de partida de dicho órgano, cuando en la propia Introducción de la causa, plantea que “Nicaragua no ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales”³⁰.

Otro punto de interés es que ya en estos reconocimientos aparece el concepto de propiedad sobre la tierra unido a la noción de esta como espacio de asentamiento, en estrecho vínculo simbólico con la comunidad. Esta noción se materializará posteriormente bajo el concepto de ‘territorio’. Aquí es imprescindible hacer un estudio más profundo de los testimonios de los antropólogos en el marco de la sentencia, quienes declaran que el objetivo central de sus peritajes fue estudiar “la relación entre la gente del asentamiento de Awas Tingni y la tierra que utiliza”³¹. En este sentido se pronuncia Rodolfo Stavenhagen:

Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple ins-

29 *Ibíd.*, párr. 153.

30 *Ibíd.*, párr. 35.

31 *Ibíd.*, Testimonio de Theodore Macdonald Jr, 22.

trumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos.³²

En esta línea, Berraondo plantea que ya en esta sentencia se reconoce la estrecha relación espiritual de las comunidades indígenas con el territorio, lo cual sería discutible siendo estrictos con la utilización literal de los términos. El autor señala:

Las nuevas interpretaciones que realiza la corte suponen el reconocimiento de un derecho tan importante para los pueblos indígenas como nuevo dentro del *corpus* jurídico de los derechos humanos, que no es otro que el territorio. Esto supone todo un logro para los pueblos indígenas, debido a las consecuencias políticas y económicas que entraña el reconocimiento de este derecho [...] (Berraondo)

Es evidente que las consecuencias políticas de las que habla pueden identificarse, entre otras, con el derecho a la autodeterminación, que, como ya se dijo, debe contar con el reconocimiento del derecho al territorio como uno de sus presupuestos. Los testimonios de los antropólogos constituyen un hito en el giro del lenguaje que se produce entre el término tierra y el de territorio³³, y que es mucho más obvio en la sentencia del caso Samok Kásek Vs Paraguay. Ello conlleva a que se comiencen a diferenciar los sentidos de dichos términos incluso dentro de la misma frase, como cuando la Corte sigue el criterio de la CIDH al interpretar el artículo 21 de la Convención:

la Comunidad Mayagna tiene derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación territorial ancestral (...) La tenencia tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos. El territorio global de la Comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación.³⁴

Sin embargo, a pesar de estos avances, en el caso en cuestión aún se encuentra un uso ambiguo de dichos términos, si bien es cada vez menos frecuente. Así, la Corte en determinadas ocasiones, retomando el mismo lenguaje de la Comisión, da a la categoría ‘territorio’ el mismo sentido que había utilizado antes para tierras, en tanto lugar de asentamiento de la comunidad.

Asimismo, es necesario destacar una última cuestión: el uso de la frase “miembros de la comunidad” en diferentes partes de la sentencia (por ejemplo en los puntos 148 y 153, así como en la parte resolutive) se ubica en una tendencia tradicional del SIDH de reconocer derechos a las personas que componen la comunidad por separado, y no en tanto sujeto colectivo con personalidad jurídica propia. Ello entra en tensión con el reconocimiento del carácter colectivo de la propiedad comunal (Schettini 2004).

En este punto, sin que se pueda cerrar la discusión, es central el voto concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi en el caso Xamok Kásek, analizado más adelante.

³² *Ibíd.*, Peritaje de Rodolfo Stavenhagen, 25.

³³ Hay que recordar en este punto el papel central que han tenido los antropólogos en los procesos de reivindicaciones y reconocimientos de los derechos de los pueblos indígenas. Muestra de ello es que el grupo de antropólogos que redactó la Declaración de Barbados I (1971), tuvo un papel central en el proceso de emergencia del Movimiento Indígena Internacional.

³⁴ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr.140. Sin embargo, esta postura resulta incluso más clara en la voz de los miembros de la comunidad: “Son los dueños de la *tierra* en la que habitan porque han vivido en el *territorio* por más de 300 años y ello se puede demostrar porque tienen lugares históricos y porque el trabajo lo desarrollan en ese territorio” (Testimonio de Jaime Castillo Felipe, p. 19); “a pesar de que el INRA alegaba que no tenía competencia, extendía constancias de entrega de *tierras* a ex militares, entidades del ejército, de la policía y la resistencia nicaragüense, *tierras que estaban dentro del territorio* de la mayoría de las comunidades indígenas” (Testimonio de Brooklyn Rivera Bryan, p. 33).

LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2007) Y SU INFLUENCIA EN LA LABOR DE LA CIDH

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007, se convirtió en el instrumento internacional más radical para la regulación de estos temas. El derecho a la autodeterminación se ubicó como su eje central, siendo identificado con el derecho al autogobierno en los asuntos relacionados con los asuntos internos de las comunidades indígenas, así como la autonomía para tomar las medidas necesarias para financiar sus funciones³⁵. De manera coherente con este ‘derecho eje’, fueron regulados otros como el de la participación en la adopción de decisiones legislativas y administrativas que fuesen de su interés o los afectasen (Art. 18), el derecho a la consulta previa e informada (Art. 19) y el derecho a determinar y elaborar sus prioridades y estrategias para el desarrollo (Art. 32.1).

La Declaración sobre pueblos indígenas de la ONU, prácticamente se convirtió en un instrumento americano a partir de su asunción en la labor jurisprudencial del SIDH en tanto norma fijadora del estándar internacional de los derechos de los pueblos indígenas (Clavero 2003, 8). Las sentencias de los casos *Xakmok Kásek Vs. Paraguay* y *Sarayaku Vs. Ecuador* son dicientes de este nuevo momento en el desarrollo de la jurisprudencia interamericana.

El caso *Xakmok Kásek Vs. Paraguay* es central en la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por la supuesta falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la comunidad indígena *Xákmok Kásek* y sus miembros³⁶. El conflicto, suscitado

por la falta de reconocimiento por parte del gobierno de Paraguay hacia el territorio de la comunidad, fue interpretado tanto por la Comisión como por la Corte con un criterio extensivo, en el sentido de que la imposibilidad de acceder a su propiedad y posesión implicaba mantener a dicha comunidad en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria que amenazaba la supervivencia e integridad de la misma³⁷.

Así, en esta sentencia termina por afianzarse el criterio de que el territorio constituye el espacio de reproducción de las condiciones de vida de las comunidades indígenas. En la sentencia ya se habla de la propiedad sobre el territorio, y no así sobre la tierra³⁸. Sobre este particular, Schettini plantea en su análisis jurisprudencial que, con estos progresivos reconocimientos, la Corte se opuso al paradigma moderno, “al reconocer que la territorialidad adquiere, para los pueblos indígenas, una dimensión transgeneracional y transfronteriza, que va mucho más allá de las funciones meramente económicas de la tierra” (Schettini 2004, 73).

Sin embargo, la postura del juez Vio Grossi apunta a uno de los elementos fundamentales de esta sentencia. En su voto concurrente, Vio Grossi hizo referencia a una “eventual nueva perspectiva” de la Corte, que podía dar lugar a un desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre los sujetos de derecho. Así, plantea que en el caso de la comunidad *Xákmok Kásek*, la Corte consolidó su jurisprudencia al respecto al referirse “a

35 Art. 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

36 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Introducción de la causa, párr. 2.

37 *Ibid.*

38 Según la Comisión “[l]o anterior ha significado no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la *propiedad y posesión de su territorio*” (párr. 2, Introducción de la causa); “Clemente Dermott, líder de la Comunidad, presunta víctima ofrecida por la Comisión, declaró, *inter alia*, sobre los ‘procesos legales seguidos ante la jurisdicción interna para la *restitución de su territorio* a la Comunidad *Xákmok Kásek*’ (...) Marcelino López, líder de la Comunidad, presunta víctima ofrecida por los representantes, declaró, *inter alia*, sobre: i) ‘los procesos legales seguidos ante la jurisdicción interna para la *restitución de su territorio*’ (párr. 16, Introducción de la causa); “[l]a Comisión alegó que el hecho de que la Comunidad esté compuesta por familias pertenecientes a distintas etnias ‘no constitu[ía] (...) un obstáculo para que esta comunidad indígena sea titular del derecho al territorio ancestral’ (párr. 35, Introducción de la causa), entre otros.

los miembros de la comunidad” como las víctimas y declarar, consecuentemente, las violaciones de los derechos humanos que recayeron sobre estos³⁹.

Sin embargo, llama la atención sobre un nuevo pronunciamiento del órgano que, en su criterio, “sin alejarse de su posición tradicional, parecería dejar margen para que en el futuro pudiese disponer de la posibilidad de adoptar nueva aproximación en la materia”⁴⁰. Se trata de las referencias esporádicas que hace de la Comunidad Xákmok Kásek como el sujeto que reclama los derechos, en concreto, el derecho al territorio y el derecho sobre la “propiedad comunitaria”. Con esta postura el juez apuntó a una de las falencias que aún persistía en la postura de los órganos interamericanos, planteando la necesidad de transitar hacia un reconocimiento expreso del carácter monolítico de la comunidad en cuanto sujeto colectivo de derechos, sin perjuicio de los derechos individuales de sus miembros.

En el marco de la labor jurisprudencial de la CoIDH, otro de los casos más importantes fue el del pueblo indígena kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. En éste, la Corte conoció los hechos vinculados al reconocimiento por parte del Estado ecuatoriano del permiso para realizar actividades de extracción y explotación de petróleo a una empresa privada, en el territorio del pueblo Sarayaku, sin haber tenido lugar una consulta previa a sus miembros. La importancia central de la sentencia radica en que plasmó los principales avances que gradualmente habían tenido lugar a lo largo de los años en sede interamericana. Por una parte, sentó el reconocimiento de la comunidad como sujeto colectivo de derechos, a la par del derecho de sus miembros por separado; por otra, reconoció el derecho al territorio, abandonando casi definitivamente el término ‘tierra’.

Así, mientras la Comisión concluyó que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para garantizar y

proteger el “derecho de propiedad del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros, respecto de su territorio ancestral, garantizando la especial relación que mantienen con su territorio”⁴¹, la Corte reiteró este criterio al plantear que:

[e]n el presente caso, el reconocimiento de responsabilidad ha sido efectuado por el Estado en términos amplios y genéricos. Corresponde entonces al Tribunal otorgar plenos efectos al acto del Estado y valorarlo positivamente por su trascendencia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular por haber sido efectuado en el propio territorio Sarayaku en el marco de la diligencia efectuada en este caso. Así, tal reconocimiento representa para la Corte una admisión de los hechos contenidos en el marco fáctico de la demanda de la Comisión, así como de los hechos pertinentes presentados por los representantes que los aclaren o expliquen.⁴²

Por otra parte, consideró como parte lesionada “en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana”, al pueblo indígena kichwa de Sarayaku, en consecuencia de lo cual es considerado beneficiario de las reparaciones previstas⁴³. El análisis que realizó la Corte sobre el derecho al territorio se extendió a una reflexión sobre el derecho a la identidad comunal, lo cual demostró la relación que el órgano reconocía entre ambos. Asimismo, consideró violado el derecho a la consulta previa.

Como ya se ha dicho antes, uno de los presupuestos del derecho a la autodeterminación es el derecho a la consulta previa, entendida como facultad de los pueblos indígenas para rechazar o vetar acciones del Estado en sus territorios, cuando las mismas puedan afectar su integridad física o cultural (Schettini 2004, 78). El tratamiento de este derecho en la jurisprudencia del SIDH, merece una breve referencia, toda vez que constituye un presupuesto de importancia para el eficaz reconocimiento del derecho a la autodeterminación

39 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, Introducción de la causa. Voto concurrente del juez Vio Grossi, párr. 5.

40 *Ibid.*, 8.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones, nota al pie No. 3.

42 *Ibid.*, párr. 27.

43 *Ibid.*, párr. 284.

de los pueblos⁴⁴. En este sentido, la propia Corte reconoció, en el marco jurídico que aportan el Convenio 169 de la OIT (en su artículo 6^{to}) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 18 y 19), que:

[d]ebido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio.⁴⁵

La consulta previa se erige, entonces, como un elemento central para garantizar el derecho a la autodeterminación. No obstante, el caso *Sarayaku* muestra

una limitante de importancia respecto de este punto: la no exigencia del carácter vinculante como efecto de la consulta. Ésta, a su vez, es consecuencia de la regulación del tema en el Convenio 169 de la OIT, según el cual la consulta no obliga al Estado, esto, a pesar de que el citado artículo requiere el consentimiento del pueblo consultado⁴⁶. “De acuerdo a este entendimiento -señala Schettini- el consentimiento es simplemente visto como el resultado deseado de la consulta, pero no como requisito esencial para el ejercicio de la autodeterminación de estos pueblos” (Schettini 2004, 79). Según la misma autora, la exigencia de este requisito, si bien es un paso de avance, sigue sin ser suficiente.

Finalmente, este caso deja abierta otras posibilidades para el desarrollo jurisprudencial tanto de la Comisión como de la Corte, en pos de una mayor garantía de los derechos establecidos ya sea por vía legislativa o jurisprudencial en sede del sistema interamericano.

LA DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2016). PERSPECTIVAS FUTURAS DEL SIDH

En junio del 2016 fue aprobada, en el marco de la Asamblea General de la OEA, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Este momento llegó después de un proceso de más de 25 años de debates en el marco del sistema interamericano. El proceso inició en el año 1989, cuando este organismo encargó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, en conjunto con la CIDH, el Comité Jurídico Interamericano y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la preparación de un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas. El objetivo inicial fue que la

Declaración estuviera lista en 1992. Sin embargo, en 1999 recién se recibieron las propuestas de los órganos consultados y comenzó el proceso de deliberación intergubernamental. Sobre la base de este primer proyecto, un grupo de trabajo comenzó la tarea de incorporar las sugerencias y comentarios de los Estados miembros. Este proceso culminó el pasado 2016.

A criterio de Clavero, la Declaración interamericana no opera en el vacío, sino que “viene a sumarse a un nutrido cuerpo normativo de Derecho Internacional Interamericano de derechos de los pueblos indígenas

44 A pesar de que, como se ha dicho antes, no se ha presentado otro caso con dicha petición ante el SIDH, es necesario que jurisprudencialmente estén sentados ciertos precedentes que sean presupuestos para su posible reconocimiento. No obstante, la postura de la corte sigue siendo conservadora en cuanto a este punto. Creo que así lo demuestra cuando en el marco de la Sentencia *Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte plantea que “bajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales”. Caso Pueblo Indígena Kichwa de *Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 171. La Corte debió reconocer, de una vez, el derecho a la autodeterminación y no sólo a la cultura asociada al territorio y el uso de recursos.

45 Caso Pueblo Indígena Kichwa de *Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 146.

46 “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Convenio 169 de la OIT, artículo 6.2)

planteando el reto de su integración en el mismo...” (Clavero 2003, 10). En este sentido, retoma los derechos más importantes que habían sido reconocidos en la Declaración de la ONU del año 2007.

La Declaración Americana sobre los Derechos de Pueblos Indígenas reconoce el derecho a la autodeterminación, con igual sentido que su predecesora. El artículo III, textual al de la primera, señala que “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Asimismo, parte de la consideración de las comunidades como “pueblos”, en tanto sujetos de derecho colectivos a los que vienen asociados una serie de derechos de igual carácter.

El texto también reconoce el derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afecten. El artículo XXIII reconoce “la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas”. Y, en el segundo apartado conmina a los Estados a celebrar consultas y a cooperar con los pueblos indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Sin embargo, Clavero se muestra crítico con la más reciente declaración. Este autor, a partir de la comparación con la norma de las Naciones Unidas, plantea al menos dos puntos relevantes que le hacen concluir que existen elementos de forma y de fondo que hacen de ésta una declaración menos radical que la del 2007.

El primero, es el límite al derecho a la autodeterminación que establece la declaración en su artículo cuarto:

Nada de lo contenido en la presente de la Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

A decir de Clavero, esta limitación también se encuentra en la declaración de la ONU. Sin embargo, en aquella aparece en el artículo 46, mientras que, en la americana, se ubica a continuación del reconocimiento de la libre determinación. El autor plantea que ello no es solo una cuestión de forma, sino que la Declaración de la OEA antepone la integridad y unidad del Estado ante este derecho⁴⁷.

Por otra parte, a partir del análisis del artículo XXIII, realiza otra crítica de central importancia, encaminada al derecho de participación de los pueblos indígenas. Aquí el autor señala que mientras en el instrumento naciounidense el consentimiento es un principio independiente que, junto al de autogobierno, se ubica como contenido fundamental de la autodeterminación, en el texto americano el consentimiento es un principio subsidiario del derecho de participación: se participa mediante la consulta. Ese sería su contenido⁴⁸.

No obstante estas críticas compartidas, se debe señalar que esta normativa plantea un nuevo momento para el sistema interamericano, en el sentido de que si bien con anterioridad aplicaba en calidad de estándar de derechos humanos para los pueblos indígenas los instrumentos de la ONU, ahora tiene uno que aplicar directamente.

El análisis de nuevos casos donde los órganos del SIDH hagan uso de esta norma será central para valorar si la postura de los mismos se enmarcará en una

47 *Ibíd.*, 3.

48 *Ibíd.*, 5.

interpretación restrictiva o amplia de la declaración. Sin embargo, con posterioridad a la Declaración Americana y hasta julio del 2017, sólo existe un informe de admisibilidad de la CIDH en el que la parte peticionaria es una comunidad indígena. Se trata de la Comunidad Maya Q'Eqchi Agua Caliente, en un proceso contra Guatemala.

En este caso, resulta interesante que la CIDH no cite a la nueva Declaración sino que, acogiendo a lo solicitado por los peticionarios en el año 2011, cuando

fue realizada la solicitud de inicio del proceso, declare admisible la petición a fin de investigar si, en efecto, fueron violados varios de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁹. Por lo tanto, es necesario esperar la decisión sobre el fondo de este caso, así como a otras decisiones y sentencias que en el futuro desarrollen jurisprudencialmente los derechos al territorio y a la autodeterminación a tenor de la nueva declaración, para poder juzgar si algo ha cambiado en la postura del SIDH sobre estos temas.

CONCLUSIONES

El criterio de la interpretación que han utilizado los órganos del SIDH muestra que estos han superado en su práctica los límites que inicialmente vinieron impuestos por la Convención Americana de Derechos Humanos; esto, en el sentido de que del reconocimiento de derechos individuales concebidos desde una matriz meramente liberal, se ha pasado a la tutela de derechos colectivos, producto de una interpretación extensiva de los mismos. En este contexto se ubica el desarrollo en la protección del derecho a la propiedad de las comunidades indígenas, que, de ser reconocido sobre sus miembros, considerados individualmente, ha llegado a la protección de las comunidades en cuanto pueblos, con una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes, lo que ha permitido que se tomen medidas de reparación en relación con el sujeto colectivo. Hasta el 2016, para proteger el territorio de las comunidades, la Comisión solo ha tenido el derecho a la propiedad individual; no obstante, ha logrado tutelarlos a partir de su labor interpretativa.

Este reconocimiento, a su vez, ha ido de la mano con el avance de aquellas concepciones que protegían a la tierra, a las que protegen al territorio, en tanto categoría mucho más completa, que no sólo reconoce el lugar de asentamiento ancestral de estas comunidades, sino

una serie de estrechos vínculos y de elementos simbólicos entre las mismas y el lugar donde se desenvuelve su vida material, involucrando sus posibilidades reales de reproducción de la comunidad. Sin embargo, no puede decirse lo mismo del reconocimiento del derecho a la autodeterminación. En este punto los órganos interamericanos han mantenido una postura conservadora, negándose a realizar una interpretación extensiva para protegerlo.

Esta limitación ha venido de la mano con la falta de carácter vinculante de la consulta previa en tanto derecho colectivo reconocido a las comunidades indígenas (desde el Convenio 169 de la OIT, en 1989), que viene a ser, junto con el reconocimiento del territorio, otro de los presupuestos para una efectiva tutela del derecho a la autodeterminación de los pueblos.

La Declaración de 2016 parecería ser un parteaguas en este reconocimiento del derecho a la autodeterminación, a pesar de su carácter más conservador respecto a la Declaración de la ONU del 2007. Sin embargo, es necesario que exista jurisprudencia sobre este tema para valorar si el SIDH seguirá a la vanguardia de la protección de los pueblos indígenas o asumirá el carácter más solapado de la nueva declaración.

⁴⁹ En la primera de sus Decisiones, la CIDH declara admisible la petición en relación con los artículos 3, 8, 21, 24 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. CIDH. *Informe 30/17*. Petición 1118-11. Informe de Admisibilidad. Comunidad Maya Q'Eqchi Agua Caliente Vs. Guatemala.

BIBLIOGRAFÍA

- Berraondo, Mikel. Lecciones del caso Awas Tigni tres años después de la sentencia de la Corte Interamericana. www.flacsoandes.edu.ec/biblio-/catalog/resGet.php?resId=22718 (consultada el 20 de julio de 2015)
- Burguete Cal y Mayor, Araceli. 2010. Autonomía: la emergencia de un nuevo paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina. En *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, coords. Araceli Burguete Cal y Mayor, Pablo Ortiz-T y Miguel González, 63-94. Quito: FLACSO-Ecuador.
- _____. Memoria, Agencia Internacional Prensa Indígena. Cumbres indígenas en América Latina: resistencia y autonomía. 11 de abril de 2007. <http://www.llacta.org/notic/2007/not0411b.htm> (consultada el 8 de mayo de 2011).
- Rojas, C. N. 2003. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. *Seminario “Derechos Indígenas: Tendencias Internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile*. Iquique-Chile: Universidad Arturo Prat.
- CIDH. (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA documentos oficiales.
- Clavero, B. (2016). La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: El reto de la interpretación de una norma contradictoria. *Lección impartida en el acto de recepción de la condecoración José León Barandarián de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Perú.
- Declaración de Barbados I, 1971. laguarura.net/2012/11/04/a-proposito-de-la-lucha-indigena-declaracion-de-barbados-i-ii-y-iii (consultada el 7 de febrero de 2014).
- Nash Rojas, Claudio. 2003. Protección de los derechos humanos indígenas en el Sistema Interamericano. Presentado en el seminario “Derechos Indígenas: Tendencias Internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile”, diciembre de 2003, en la universidad Arturo Prat, Iquique, Chile.
- Organización de Estados Americanos (OEA). Convención Americana de los Derechos Humanos, 1969. www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html (consultada el 7 de julio de 2015).
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 107 de 1957. <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-vivaintercultural-/Documentos/CONVENIO-OIT-107.pdf> (consultada el 15 de julio de 2015).
- _____. Convenio 169 de 1989. <http://www.ilo.org/public/spanish/region-/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml> (consultada el 3 de septiembre de 2013).
- Organización de Naciones Unidas (ONU). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007. www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf (consultada el 12 de julio de 2015).
- _____. Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1966. www.ohchr.org > OHCHR > Español > Interés profesional (consultada el 12 de julio de 2011).

_____. Informe Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, 1983. <http://undesadspd.org/IndigenousPeoples/LibraryDocuments-/Mart%C3%ADnezCoboStudy.aspx> (consultada el 20 de febrero de 2011).

Sánchez, Consuelo. 2010. Autonomía y pluralismo. Estados plurinacionales y pluriétnicos. En *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, coords. Araceli Burguete Cal y Mayor, Pablo Ortiz-T y Miguel González, 259-290. Quito: FLACSO-Ecuador.

Schettini, Andrea. 2004. Por un Nuevo Paradigma de Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Un Análisis Crítico de los Parámetros Establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, V.1, No.1 (enero 2004): 65-88.

**EL JURISTA ANTE EL FENÓMENO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA.
REVISITANDO VIEJOS DEBATES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL**

**THE JURIST AT THE ISSUE OF EUROPEAN INTEGRATION.
REVISING OLD DEBATES FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW**

**O JURISTA DIANTE DO FENÔMENO DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.
REVISANDO VELHOS DEBATES DESDE A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL**

*Luis González Alonso**

Recibido: 06/08/2018

Aprobado: 20/11/2018

Resumen

En base a la idea del particular magnetismo que el fenómeno de la integración europea ha ejercido siempre sobre el jurista, con este trabajo no se pretende más que revisar sucintamente algunos elementos clásicos del debate sobre la especificidad de su sistema jurídico en tanto que objeto de consideración científica, en particular desde la óptica del Derecho internacional, en un momento especialmente convulso en el que vuelve a plantearse con intensidad, e incluso con cierta urgencia, el futuro del proyecto de construcción europea.

Palabras clave: Autonomía del Derecho de la UE; Constitucionalismo internacional; Derecho internacional; Derecho de la integración; Naturaleza del Derecho de la UE; Unión Europea

Summary

Starting from the idea of the particular attachment that the phenomenon of European integration has always exercised over the jurist, this essay is a brief review of some classical elements of the debate on the specificity of its legal system as an object of scientific consideration, particularly from the point of view of international law, at a peculiar

convulsive moment in which the future of the European construction project is raised again intensely and with some urgency.

Key words: Autonomy of EU Law; International Constitutionalism; International Law; Law of Integration; Nature of EU Law; European Union

Resumo

Partindo da ideia de particular atração que o fenômeno da integração europeia, exerceu sempre sobre o jurista, com este trabalho não se pretende mais que revisar sucintamente alguns elementos clássicos do debate sobre a especificidade de seu sistema jurídico em tanto que o objeto de consideração científica, em particular desde a ótica do direito internacional, em um momento especialmente convulso em que se volta a plantear com intensidade e inclusive com certa urgência o futuro do projeto de construção europeia.

Palavras chave: Autonomia do Direito da UE; Constitucionalismo internacional; Direito internacional; Direito da integração; Natureza do Direito da EU; União Europeia

* Catedrático de Derecho Internacional Público, en la Universidad de Salamanca, España.

INTRODUCCIÓN

Desde su aparición en la escena internacional a comienzos de los años 50 del siglo XX, el proceso de integración europea ha ejercido una enorme atracción sobre el científico que se ocupa del conocimiento de la realidad social en cualquiera de sus facetas. Politólogos, economistas y, por supuesto, juristas se han visto seducidos por la originalidad de un fenómeno novedoso, complejo, perpetuamente inacabado y abierto al cambio, y, por lo tanto, difícil de aprehender a partir de categorías preestablecidas¹. Llama la atención, incluso, cómo en las últimas décadas se ha acrecentado sustancialmente el interés por él de destacados filósofos –del Derecho o de la Política–, que llegan a identificar en su ordenamiento no solo “a new site for the hosting of older and wider debates within legal philosophy”, sino también un ámbito particularmente propicio para reconsiderar “the terms of these older debates and the answers provided by them” (Walker 2014, 29)².

No cabe duda, pues, de que aquel magnetismo ha revestido siempre, y también en la actualidad, connotaciones específicas para el estudioso del Derecho, pese a las evidentes transformaciones que ha

experimentado el proceso de integración europea a lo largo de sus ya más de seis décadas de existencia y que, en principio, le han permitido alcanzar un grado de madurez muy significativo. Es más, algunos de los desarrollos a los que hemos asistido en el seno de la Unión Europea en este convulso inicio del siglo XXI no han hecho sino acrecentar ese efecto de “atracción jurídica”; por cierto, acompañado cada vez en mayor medida de dosis de desconcierto y perplejidad que, a primera vista, podrían considerarse más propias de los estadios iniciales de evolución de un proyecto de estas características. Ahí está para confirmarlo, en último término, el inacabable proceso del Brexit y los también casi inagotables desafíos jurídicos que en este primer supuesto de aplicación ha suscitado la interpretación del artículo 50 del Tratado de la UE.

En fin, con las reflexiones que siguen a continuación no se pretende más que visitar sucintamente, y a la luz de algunas de esas mutaciones, el debate clásico sobre la especificidad del fenómeno de la integración europea en tanto que objeto de consideración científica por parte del Derecho y, más concretamente, desde la óptica del Derecho internacional.

LA INTEGRACIÓN EUROPEA, ESE INAGOTABLE PARAÍSO PARA EL JURISTA

Si suele atribuírsele al jurista una desconfianza casi natural ante todos los conceptos vagos e indeterminados que puedan hallarse en su objeto de análisis (Virally 1974, 282), nada más estimulante, en efecto, para poner a prueba su capacidad intelectual, que

enfrentarse a un sistema jurídico que, por definición, desafía las categorías nítidas y perfectamente delimitadas con las que está habituado a trabajar (Martín 2003, 18). Tal reto constituye sin duda un aliciente, pero también un elemento perturbador, ya que no resulta

1 Catedrático de Derecho Internacional Público, en la Universidad de Salamanca, España. Véanse las originales reflexiones a este respecto de Luuk Van Middelaar en su conocida obra *El paso hacia Europa* (2013, 36), en las que se menciona también a historiadores y sociólogos bajo el epígrafe “La coerción de la disciplina”.

2 En la doctrina española destacan, en este sentido, las contribuciones de Daniel Innerarity, entre las que me parece especialmente relevante su última obra, *La democracia en Europa. Una filosofía política de la Unión Europea* (2017). Entre otros muchos autores que igualmente cabría citar a este respecto, es obligado mencionar las aportaciones de J. Habermas, que no ha dejado de pronunciarse en esta línea a la luz de las crisis más recientes experimentadas por la UE (por ej., en sus trabajos de 2012, *La Constitución de Europa*. Madrid: Trotta; “The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law”, *European Journal of International Law*, 23, 2).

sencillo admitir que tal vez no exista una respuesta completa y definitiva con la que satisfacer plenamente el interrogante último acerca de la exacta naturaleza jurídica del fenómeno objeto de investigación.

Por otro lado, la complejidad –en muchos casos necesaria, aunque en otros hasta cierto punto gratuita– que siempre ha acompañado al proceso de construcción europea lo ha convertido, desde sus orígenes, en un auténtico paraíso para el jurista. Ciertamente, toda organización internacional descansa sobre un compromiso perpetuo entre la independencia de los Estados y su interdependencia (Constantinesco 1974, 53), sobre una contradicción intrínseca entre el elemento intergubernamental y la existencia de una voluntad propia, distinta de la de los Estados miembros (Carrillo 1996, 122).

Ahora bien, en el seno de la Unión Europea, esa tensión alcanza cotas desconocidas y suele traducirse en una predilección casi visceral, “*parmi toutes les solutions possibles, (pour) la plus enchevêtrée et la plus ambiguë qui se puisse concevoir, contraignant ainsi ses interprètes à de difficiles exercices pour l’encadrer dans une configuration juridique précise*” (Tizzano 1998, 19).

Sea como fuere, y al margen de estos aspectos en absoluto desdeñables, el jurista se siente sobre todo atraído por el protagonismo que el Derecho mismo ha adquirido como factor esencial de integración en el devenir de la construcción europea³. Desde luego, no es esta la única variable que explica el grado de desarrollo alcanzado por este proceso, pero sí el elemento que lo distancia de otras experiencias que nacieron y nacen hoy en la escena internacional con pretensiones similares o, en cierto modo, comparables. No parece necesario a estas alturas insistir demasiado sobre el hecho de que, si bien la pertenencia a cualquier

organización internacional comporta la aceptación de una cierta erosión de la soberanía por parte de sus Estados miembros, el impacto constitucional que sobre los ordenamientos de estos trae aparejada la adhesión y ulterior participación en la UE no tiene parangón. Además, éste es un impacto que no cesa de complicarse y densificarse en la práctica, precisamente como consecuencia del funcionamiento de este sistema jurídico como una auténtica “Unión de Derecho”, incluso en momentos en los que las circunstancias políticas y la voluntad de sus propios Estados miembros invitarían a pensar lo contrario.

Así lo corrobora sin ir más lejos, y con particular contundencia por su significado e implicaciones concretas, un auto reciente del Tribunal de Justicia de la UE. Este decreta, a instancias de la Comisión Europea, la suspensión cautelar de la aplicación de determinadas disposiciones de la nueva Ley polaca que regula la composición del Tribunal Supremo de este Estado miembro y el procedimiento de elección y jubilación de sus miembros, por considerar que atentan gravemente contra el principio de independencia judicial y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y a un juez imparcial⁴.

Avances como éste no son óbice, sin embargo, para que el marco científico que ofrece el Derecho internacional haya sido siempre y sea hoy, no solo perfectamente válido, sino quizá también el más adecuado para afrontar el estudio y la comprensión en todas sus dimensiones del fenómeno jurídico de la integración europea; en otras palabras, el interés de aquella perspectiva de análisis –la *iusinternacionalista*– no es, ni mucho menos, “meramente histórico” (Díez-Hochleitner 1998, 67).

La mejor prueba de tal tesis la encontramos en algunos de los desarrollos o transformaciones más recientes a

3 Recuérdese, en este sentido, el macro-proyecto de investigación dirigido por M. Cappelletti y desarrollado en el Instituto Europeo de Florencia desde finales de los años 70 bajo la denominación genérica “*Integration through Law*”, que tuvo un impacto trascendental en la evolución de la disciplina y que dio lugar a la conocida publicación en varios volúmenes que llevan ese mismo título. Sobre su significado y alcance, contemplados desde la óptica actual, véase el reciente estudio de Byberg (2017).

4 Auto de 17 de diciembre de 2018, Comisión c. Polonia, C-619/18 R (ECLI:EU:C:2018:1021). Medidas provisionales solicitadas por la Comisión en el marco del procedimiento por incumplimiento iniciado contra Polonia a raíz de la entrada en vigor, el 3 de abril de 2018, de la nueva “Ley del Tribunal Supremo”. La Comisión imputa a este Estado miembro la violación de los artículos 19 del Tratado de la UE y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

los que hemos asistido en la evolución del Derecho de la Unión, que confirman la pertinencia de este enfoque. Pero, si bien se mira, otro tanto ocurre al volver la vista hacia el propio Derecho internacional y, en particular, hacia los grandes debates teóricos que, con carácter general, ocupan la atención de la doctrina en los últimos tiempos: si, como afirma J. Klabbers, “[f]ragmentation, verticalization and constitutionalization form the holy trinity of international legal debate in the early 21st century”, los desafíos que plantea el sistema jurídico de la UE aparecen en el corazón de todos ellos (Klabbers 2009, 1).

Y es que, a fin de cuentas, el molde del Derecho internacional es infinitamente más versátil que el del Derecho interno para acoger en su seno construcciones jurídicas muy dispares, que pueden llegar a diferir sustancialmente entre sí, aunque todas ellas hundan sus raíces, en último término, en el consentimiento o la voluntad de los Estados, y mientras –claro está– no provoquen una transformación de tal calado que haga perder a estos su propia subjetividad internacional; es decir, siempre que se mantenga, que no se altere la “base social” sobre la que aquellas operan (Remiro 2011, 170).

Es evidente que, en un periodo de abierta “banalización del Derecho internacional” (Andrés 2010, 98), como el actual, el vigor o la consistencia que muestra el sistema jurídico de la UE –incluso bajo la presión de una sucesión de crisis de gran magnitud– puede acentuar el contraste con el entorno en el que se desenvuelve. Pero no lo es menos que, como se afirmara hace ya algunas décadas, “le droit international peut cesser d’être *classique* tout en restant *international*” (De Visscher 1972, 42), y que, pese a todo, esta tendencia evolutiva no deja de provocar transformaciones cada vez más ambiciosas, por más que en muchos casos las consecuencias jurídicas concretas que en buena lógica deberían comportar algunas de ellas permanezcan todavía “en un marco “virtual” que espera su realidad material” (Mangas 2014, 27)⁵.

Ahora bien, este planteamiento general no impide reconocer de inmediato, no ya solo la conveniencia, sino la imperiosa necesidad de recurrir a las categorías y los conceptos propios del Derecho interno –en particular, de los sistemas constitucionales de los Estados de estructura compleja y, por supuesto, del federalismo como forma de organización política– para estar en condiciones de captar en toda su complejidad la esencia del Derecho de la Unión, si se asume que, sin estas herramientas, no puede alcanzarse una comprensión plenamente cabal de la singularidad de este sistema jurídico.

Uno puede considerar, en efecto, que el Derecho de la Unión “sigue siendo una emanación, una ramificación del ordenamiento internacional antes que un producto federalista”, sin negar al mismo tiempo que “sus sobresalientes singularidades lo conducen, en cierto sentido, hacia un *tertium genus* entre los dos sistemas jurídicos de nuestro tiempo: el interno y el internacional público” (Roldán 2005, 6).

Ya que la originalidad, unida al dinamismo, es el rasgo fundamental que tradicionalmente ha condicionado, pero también distorsionado, el debate científico en torno a la naturaleza del Derecho de la UE –la manzana de la discordia que ha estado en el origen de una auténtica “guerra de religión” conceptual, tal como A. PELLET la calificó en su día (Pellet 1994, 207)–, me parece interesante llamar la atención sobre ciertos fenómenos asociados a ella, y de los cuales conviene precaverse.

Porque, a fin de cuentas, aquella originalidad determina que no solo este ordenamiento en su conjunto, sino prácticamente todas sus instituciones jurídicas concretas, presenten una incuestionable “bivalencia” (Constantinesco 1982, 51) que obviamente complica –o, al menos, a mí me lo parece– su abordaje con pretensiones de rigor científico. Cabe identificar, como mínimo, dos fenómenos muy característicos a este respecto.

5 La afirmación citada aparece en el epígrafe introductorio de la obra de referencia, que significativamente lleva por título: “Cualquier tiempo pasado no fue mejor”.

LA INEVITABLE TENDENCIA A LA “CIRCULARIDAD” EN EL ANÁLISIS JURÍDICO

El primero de ellos consiste, en efecto, en la proliferación de conceptos o de patrones teóricos cortados a la medida del modelo de la UE, pero que prácticamente se agotan en su margen. Con ellos se ha pretendido captar del modo más certero posible la esencia de su singularidad, si bien se ha caído sistemáticamente en la “measure of circularity” (Weiler 1981, 269), es decir, la incapacidad de dotarlos de un contenido cierto sin recurrir a los rasgos distintivos del propio fenómeno para el que se busca explicación. Esta circunstancia no resta interés ni utilidad a la mayor parte de estos esfuerzos conceptuales; máxime cuando quienes los llevan a cabo son algunos de los más reputados especialistas de la disciplina, que han contribuido así de manera definitiva a la identificación y clarificación de los elementos que definen la originalidad del sistema. No obstante, este *modus operandi* irradia naturalmente su influjo al ámbito general del ordenamiento jurídico del que procede el Derecho de la UE, y genera en ocasiones problemas, e incluso ciertas distorsiones, cuando se trata de proyectar el significado de aquellos conceptos a realidades ajenas a la propia construcción europea, o se pretende ver en ellos –sin mayores matizaciones– una especie de *avant-garde* que paulatinamente se abre camino para la evolución futura del Derecho internacional.

Entre los clásicos a este respecto destacan nociones como las de integración y supranacionalidad, amén, por ej., –en el campo ya de la Ciencia Política– de la corriente teórica del neofuncionalismo⁶. El recurso a las dos primeras no solo ha acompañado durante décadas al debate “ontológico” sobre el fenómeno jurídico que

hoy encarna la UE, sino que aún tiene vigencia en la actualidad (Sobrino 2008; Starck 2015, 130). En este sentido, y habida cuenta de que el concepto de supranacionalidad se ha mostrado siempre más escurridizo en el plano teórico y necesita, por tanto, de adjetivaciones diversas (Martín 2015, 132), tal vez quepa ver en la utilización del concepto de integración, bajo su acepción jurídica, la ilustración más evidente del fenómeno de circularidad descrito. Tanto es así, que nada hay más habitual que referirse al periplo histórico iniciado con la creación de las tres Comunidades Europeas en los años 50 del siglo XX como el “proceso de integración europea”, o identificar el Derecho de la UE con el “derecho de la integración”⁷.

Como es obvio, el panorama es bastante más complejo en la práctica internacional y existen organizaciones –la propia ONU– que incorporan elementos parciales de integración en su seno, así como proyectos –con más o menos fundamento *in re*– que se dicen de integración, pese a que la mayor parte de ellos no termine de funcionar como tal, sobre todo en el ámbito latinoamericano. Pero, a la hora de la verdad, cuando se quiere ilustrar el auténtico juego que puede ofrecer la auténtica integración, fundada en una atribución o cesión real del ejercicio de amplias competencias estatales a unas instituciones comunes con capacidad decisoria significativa y la consiguiente autonomía jurídica, ha de volverse indefectiblemente a la Unión Europea.

Aunque quizá no de un modo tan evidente y si se salvan las distancias –que obviamente son muchas–,

6 Es bien sabido que el neofuncionalismo nació como construcción teórica a partir de la experiencia original de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y siempre se ha caracterizado por inspirarse y ser reflejo a la vez del método de integración comunitario (Stephanou 1997, 53). De hecho, a medida que el devenir del proceso que le ha servido de fundamento empírico desmentía algunos de sus postulados básicos –sobre todo la ausencia de automatismo en el “salto” de la integración económica a la política–, muchos de sus defensores procedieron a revisarlos en un esfuerzo casi permanente de adaptación que viene a corroborar esa idea de “circularidad” a la que antes aludía (véase por ej., a este respecto, el revisionismo dentro de la obra de uno de sus principales exponentes: Ernst B. Haas, (1958, 1970, 1976). Una excelente revisión reciente de la evolución de estas teorías en el ámbito de la Ciencia Política puede encontrarse en Saurugger (2013).

7 Ya en su célebre estudio sobre el Derecho de la integración, Pierre Pescatore reconocía sin ambages que, “en parlant de l’intégration dans sa généralité, c’est bien à l’expérience des Communautés européennes que je me réfère. Je crois que ce n’est pas un rétrécissement indu de mon champ de vision puisque nul ne pourra contester que, dans le domaine du droit de l’intégration, les Communautés représentent l’expérience la plus significative, peut-être même la seule expérience vraiment significative jusqu’à ce jour” (1972, 10).

algo parecido ocurre cuando nos acercamos en un plano completamente distinto al debate en torno a la “constitucionalización” del Derecho internacional; es decir, a los planteamientos de quienes abogan por la sustitución –con todas las consecuencias asociadas a ella– de la centralidad de la soberanía estatal como clave explicativa de este sistema jurídico por la del *Rule of Law*, con independencia de que sea éste un proceso fragmentario e incluso todavía muy parcial en su desarrollo (Casanovas 2015, 61). O, ¿acaso no se percibe en esta potente corriente de pensamiento, el denominado “constitucionalismo internacional”, una dosis significativa de circularidad en el análisis científico, relacionada también con la especificidad del ordenamiento de la actual UE?

Recuérdese –si seguimos a A. von Bogdandy (2006, 224)– que, sin perjuicio de sus firmes raíces doctrinales, en el periodo de entreguerras, esta concepción del Derecho internacional comienza a cobrar cuerpo sobre todo en Alemania, a partir de la noción de “legal community”, acuñada por W. Hallstein para referirse a la arquitectura jurídica del singular y entonces incipiente proyecto de integración europea, que fue trasladada más tarde por H. Mosler al ámbito global en su curso

de la Academia de La Haya de 1974. Pues bien, varias décadas después, el recurso al paradigma del Derecho de la Unión es todavía, no ya solo constante, sino casi obligado entre los más destacados representantes del constitucionalismo internacional, a la hora de ilustrar la concreción de muchos de sus postulados, en la medida en que la presencia de estos rasgos distintivos no puede atisbarse más que parcialmente en otros subsistemas internacionales⁸. Tal hecho no es óbice, ni mucho menos, para apreciar en sus justos términos la pertinencia y la utilidad generales de esta propuesta teórica; más aún si el *constitucionalismo* se entiende en este contexto no tanto como “a social or political process, but rather an attitude, a frame of mind... inspired by constitutionalist thought” (Klabbers 2009, 10). Pero, al mismo tiempo, aquella especie de “dependencia” conceptual –si es que se puede hablar en estos términos– tampoco impide advertir de las limitaciones que el modelo de la UE presenta como eventual precursor de experiencias o desarrollos similares en otras esferas del sistema jurídico internacional; así, por ej., C. Tomuschat (1999, 40) elude abiertamente ese paralelismo, pese a ser plenamente consciente de la virtualidad que el ordenamiento de la UE podría tener a este respecto.

LA “CONTAMINACIÓN” DEL DEBATE JURÍDICO SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO DE LA UE

La segunda vertiente del condicionamiento que el debate jurídico en torno a la integración europea ha sufrido como consecuencia de la singularidad de este proceso se manifiesta en el quizá excesivo grado de contaminación “ideológica” o “política” que tradicionalmente ha acompañado al discurso científico en este campo.

Sería absurdo, desde luego, pensar que éste es un fenómeno privativo del Derecho de la Unión; ni tan siquiera del Derecho internacional en su conjunto,

donde se ha manifestado siempre con especial intensidad (Salmon 2002, 115, 145), habida cuenta –entre otros factores– de la peculiar naturaleza de este ordenamiento jurídico. Piénsese, sin ir más lejos y sin descender al análisis de instituciones o sectores concretos, en la propia corriente del constitucionalismo internacional a la que acabamos de referirnos, frente a algunos de cuyos postulados, ciertos autores han reaccionado llegando a preguntarse si el Derecho internacional no estará convirtiéndose en una especie de “political theology in Europe” (Koskenniemi,

⁸ Ni siquiera en algunos de los más desarrollados a este respecto –dejando al margen el de la UE– como es el caso del Derecho de la Organización Mundial del Comercio (Peters 2009, 201).

2005, 118)⁹. Cabría mencionar, en un plano todavía más técnico, las críticas al voluntarismo que, a juicio de algunos, impregna la conceptualización misma del Derecho internacional como auténtico “sistema”, y que arreciaron al socaire del debate sobre la fragmentación de este último (Salmon 2002, 75).

Ahora bien, debe reconocerse que, desde sus orígenes, el marco jurídico de la integración europea ha ofrecido un caldo de cultivo particularmente propicio para el desarrollo de aquel fenómeno, y que éste ha calado hondo en el discurso científico en la materia. Como ya apuntábamos antes, este fenómeno se debe fundamentalmente a la posibilidad objetiva de abordar el estudio de multitud de aspectos de la construcción europea, tanto desde la óptica del Derecho internacional como desde la perspectiva del Derecho estatal o interno. Sus efectos, en mi opinión, siempre han resultado más perceptibles –aunque no solo, ni mucho menos– entre los partidarios de este segundo enfoque, que con cierta frecuencia se ven obligados a incurrir en una suerte de voluntarismo político o ideológico cuando postulan la autosuficiencia del modelo jurídico “interno” para explicar el conjunto de la realidad que hoy encarna la UE; en otras palabras, tratan de suplir determinadas carencias de su análisis en la medida en que apelan al carácter abierto del proceso, a su finalidad última y enormemente difusa, al menos en términos jurídicos: la creación “de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”¹⁰.

No tiene por qué ser éste forzosamente el caso, por supuesto, de quienes defienden –en ocasiones de manera incluso “militante”– la lógica o el método federales como los más adecuados para el abordaje y la

interpretación de la originalidad de la arquitectura jurídica de la UE, y entre los que tan solo una exigua minoría insiste en abogar por la estatalidad como punto de llegada del proceso (Mancini 1998). La inmensa mayoría de estos autores parte de la base de que el federalismo no se identifica necesariamente con la estructura del Estado, sino que constituye una técnica general para articular las relaciones entre distintos niveles de autoridad vinculados entre sí (Lenaerts 1998, 748) y que, por tanto, es perfectamente aplicable al modelo de organización política y jurídica internacional que representa la UE. De tal forma que nada impediría compatibilizar el enfoque federal, que a su juicio capta mejor que ningún otro la singularidad del proceso, con “la vigencia del Derecho Internacional Público como referente último para explicar la naturaleza de la Unión Europea” (Martín 2003, 85). Ni que decir tiene que la “vocación federal” no solo fue manifiesta en los orígenes de la integración europea¹¹, sino que, de un modo u otro, la ha acompañado siempre y estuvo incluso a punto de hacerse explícitamente visible en el propio texto de los Tratados en el momento mismo de la creación formal de la UE (Lenaerts 1998, 746).

Con independencia de que lo hagan desde postulados federalistas o no, más problemática resulta, a mi juicio, la posición de quienes propugnan una concepción del sistema jurídico de la UE basada en su radical autonomía¹², en su completa desvinculación de la matriz internacional en la que se gestó, como consecuencia de los rasgos específicos que, desde un principio, hicieron de él “un nuevo ordenamiento jurídico” que no necesita adjetivaciones de ningún tipo¹³. Aunque reconocen estos autores que el fundamento histórico

9 Este autor se pregunta también, para ilustrar su argumento y en tono evidentemente provocador: “[b]ut –as many Americans have pointed out– isn’t this, too, a hegemonic manoeuvre, an attempt by Europe to regain some control in a novel configuration of forces? European generals may no longer lead invasion forces, but European lawyers in the ICC may always prosecute American generals who do” (120).

10 Referencia que aparece recogida, además de en el Preámbulo, en el 2º párrafo del art. 1 del Tratado de la UE.

11 Recuérdese que, hasta en dos ocasiones, se hacía referencia, en la *Declaración Schuman*, de 9 de mayo de 1950, a la voluntad de avanzar –con el proyecto que se proponía poner en marcha– hacia una “federación europea”. Especialmente significativo a este respecto es el siguiente pasaje: “Mediante la puesta en común de las producciones básicas y la creación de una alta autoridad de nuevo cuño, cuyas decisiones obligarán a Francia, Alemania y los países que se adhieran, esta propuesta sentará las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para la preservación de la paz”.

12 Llama la atención el auge que esta corriente doctrinal cobró desde un principio –aunque no solo– en Francia, como rememoraba hace unos años Jean Paul Jacqué (2012). En la doctrina española cabría situar en esta línea, como una de las aportaciones recientes más relevantes, la obra de Daniel Sarmiento (2016).

13 Conforme a la caracterización del TJCE en su más temprana jurisprudencia y, más concretamente, en los dos pasajes clave en los que sucesivamente calificó al sistema comunitario como “nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional” (s. de 5 de feb. de 1963, Van Gend en Loos, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1) y “nuevo ordenamiento jurídico”, *tout court* (s. de 15 de julio de 1964, Costa c. Enel, 6/64; ECLI:EU:C:1964:66).

del proceso de integración se encuentra en instrumentos del Derecho internacional, es tal el grado de desarrollo y la singularidad alcanzados por él que se ha transformado es una especie de “universo jurídico aparte” (Pescatore 1972, 72). En los términos rotundos de J. P. Jacqué (1990, 256), la Comunidad –hoy la UE–, “fondée sur un traité s’est rapidement dégaagée des contraintes du droit international pour affirmer sa spécificité et évoluer vers une structure d’un type nouveau qui n’a pas encore atteint sa forme définitive”.

Sin perjuicio de su indudable interés y utilidad, sobre todo a la hora de analizar determinadas parcelas del sistema jurídico de la UE, creo que justo en algunas de estas construcciones teóricas es donde mejor se aprecia esa orientación o voluntarismo “político-ideológico” al que antes aludía, en la medida en que sus promotores se ven indefectiblemente obligados, en un momento u otro de su razonamiento, a forzar hasta el extremo la exaltación de la singularidad del fenómeno objeto de estudio para poder “camuflar” así aquellos aspectos que delatan el aspecto que, en el fondo, siempre es evidente: la naturaleza internacional del proceso. El sentido de estas observaciones no es, ni mucho menos, el de pretender atenuar o rebajar –ni siquiera un ápice– la percepción de la originalidad del Derecho de la UE, que en definitiva explica la enorme atracción que siempre ha ejercido sobre el jurista. No se trata de caer en el extremo contrario, puesto que las reacciones “d’humeur” provocadas por una suerte de sensibilidad iusinternacionalista herida tampoco favorecen la indispensable objetividad y serenidad del debate científico (Pellet 1994, 201). Convendría, en fin, huir del “ombliguismo” en cualquiera de sus manifestaciones (Roldán 2005, 1).

Parece que tal fenómeno es, al menos en cierto modo, y forzado quizá también por las circunstancias, el que ocurre reiteradamente en este último periodo, tras el aldabonazo que supuso primero el fracaso del Tratado Constitucional y la posterior conmoción –apenas una década después–, provocada por la irrupción en escena del proceso del *Brexit*. Si, durante la preparación y negociación de aquel Tratado, se alcanzó probablemente el paroxismo en la reivindicación, por parte de algunos, de la ruptura total del proyecto de integración europea con su esencia internacional (Conforti 2004), el baño de realismo posterior –agudizado por la sucesión de crisis que han afectado a la Unión durante esta etapa– ha desprovisto de gran parte de su “carga política” a aquel debate.

La mejor prueba de este cambio tal vez radique en la desmitificación acelerada del valor fundante que durante décadas se atribuyó a la fórmula de la “unión cada vez más estrecha”, a la que aludíamos antes. No es solo que los Estados miembros hayan aceptado explícita y formalmente que uno de ellos –y en consecuencia cualquier otro en el futuro– pudiera desvincularse de ese compromiso político¹⁴, sino que la propia Comisión Europea admite sin dobleces, en el ejercicio de su labor prospectiva y propositiva, que aquel planteamiento, que presupone un horizonte de constante profundización en la lógica de la integración, no constituye ya la única opción sobre la mesa.

Por primera vez se asume con esa naturalidad que la congelación, o incluso un cierto desmontaje de parte de lo construido, podrían ser necesarios a fin de salvaguardar los logros fundamentales del proyecto o su propia supervivencia¹⁵.

14 Como es bien sabido, la petición en este sentido procedió del Reino Unido en el marco de la negociación que mantuvo con el resto de socios con vistas a celebrar el referéndum sobre su permanencia en la UE. En el punto 3º (*Sovereignty*) de la carta que el Primer Ministro británico dirigió al Presidente del Consejo Europeo el 10 de nov. de 2015 se afirmaba con toda contundencia: “First, I want to end Britain’s obligation to work towards an ‘ever closer union’ as set out in the Treaty. It is very important to make clear that this commitment will no longer apply to the United Kingdom. I want to do this in a formal, legally-binding and irreversible way” (ver en: http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/10_11_15_donaltdtusketletter.pdf). La respuesta del resto de Estados miembros vino a través de la *Decisión de los jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea*, adoptada en el marco de la reunión del Consejo Europeo de 18 y 19 de feb. de 2016 como Anexo I de sus Conclusiones (DOUE C 69 I, 23.2.2016, p. 3).

15 Me refiero, obviamente, a algunos de los cinco escenarios planteados por la Comisión en su *Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025*, COM (2017) 2025 final, 1.3.2017. A ellos vino a sumarse, por supuesto no en el sentido de la “regresión”, el denominado “sexto escenario”, que el Presidente Juncker esbozó en su *Discurso sobre el estado de la Unión 2017* (Comisión Europea, Speech 17/3165 de 13.9.2017).

Quizá por tal motivo suscitase tanta expectación, y haya tenido tanto eco, un discurso como el pronunciado por el Presidente Macron en la Universidad de la Sorbona en septiembre de 2017, en el cual plantea su *Initiative pour l'Europe*¹⁶, al que después han seguido otras muchas tomas de posición en el mismo sentido. Al margen de su densidad y de su carácter muy articulado en torno a una serie de propuestas concretas, esta propuesta sorprende por su visión política y por recuperar, en cierto modo, esa lógica del desafío conceptual u ontológico al que siempre nos ha sometido la novedad permanente del proceso de integración europea.

No en vano, el Presidente Macron desarrolla en gran medida su razonamiento sobre la base de la idea de construir “une Europe souveraine”, amén de “unie et démocratique”¹⁷; idea que, por cierto, nada tiene que ver con los postulados teóricos sobre la radical autonomía del sistema jurídico de la Unión que acabamos de analizar, y que en cuanto tal ha sido retomada sin rubor por el Presidente de la Comisión en su discurso sobre el Estado de la Unión en 2018¹⁸, quien apunta así directamente hacia lo que ya parece perfilarse como un nuevo esfuerzo conceptual por captar la extrema originalidad del proceso jurídico de la integración europea.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Así pues, lejos de agotarse, el debate sobre el que hemos reflexionado en estas páginas continúa abierto y plenamente vigente, revitalizado incluso en último término por el desafío sin precedentes que constituye el *Brexit*, en un contexto general en el que parece comenzar a vislumbrarse, con más optimismo, el futuro del proceso de integración europea. Basta con observar, en este sentido, cómo la operación de retirada del Reino Unido ha vuelto a revelar, con toda su crudeza, la doble alma, internacional y constitucional, del

sistema jurídico de la UE. Y, aunque el *Brexit* manifiesta una “decisión soberana” de aquel Estado miembro¹⁹, tal como la califica el propio Tribunal de Justicia, dista mucho, en su ejecución, de poder asimilarse al abandono de cualquier otra organización internacional; entre otros muchos motivos, porque los sujetos cuyos derechos adquiridos deben ser preservados no son solo los Estados sino también sus ciudadanos, y la densidad del entramado de esos derechos y situaciones jurídicas no tiene parangón en la práctica internacional²⁰.

16 *Initiative pour l'Europe – Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique*, pronunciado en la Universidad de La Sorbona, en París, el 26 de sept. de 2017 (texto disponible en <http://www.elysee.fr>). Una valoración de su impacto en la práctica un año después puede encontrarse en Terpan (2018).

17 Como reza el subtítulo de la *Initiative pour l'Europe*. En concreto, sobre el 1º de los tres conceptos se afirma lo siguiente: “La seule voie qui assure notre avenir, celle dont je veux vous parler aujourd’hui, c’est à nous, à vous de la tracer. C’est la refondation d’une Europe souveraine, unie et démocratique... L’Europe seule peut, en un mot, assurer une souveraineté réelle, c’est-à-dire notre capacité à exister dans le monde actuel pour y défendre nos valeurs et nos intérêts. Il y a une souveraineté européenne à construire, et il y a la nécessité de la construire. Pourquoi? Parce que ce qui constitue, ce qui forge notre identité profonde, cet équilibre de valeur, ce rapport à la liberté, aux Droits de l’Homme, à la justice est inédit sur la Planète. Cet attachement à une économie de marché, mais à la justice sociale l’est tout autant. Ce que l’Europe représente, nous ne pouvons pas le confier aveuglement, ni de l’autre côté de l’Atlantique, ni aux confins de l’Asie. C’est à nous de le défendre et de le construire dans cette mondialisation”. Un amplio e interesante comentario sobre estas propuestas y sobre las de la Comisión en su *Libro Blanco*, a la luz del momento que vive la UE, puede encontrarse en el edic. de Ricardo Gosalbo Bono “*Quo Vadis, Coniunctio Europae?*” (2017).

18 *Estado de la Unión 2018. La hora de la soberanía europea* (ver en: https://ec.europa.eu/commission/priorities/state-union-speeches/state-union-2018_es)

19 Calificación que el TJUE ha utilizado a la hora de dilucidar si el Reino Unido disponía o no, de conformidad con el art. 50 TUE, de la facultad o derecho de revocar la notificación de su intención de retirarse de la Unión Europea (sentencia de 10 de dic. de 2018, Wightman, C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, apdos. 56-59).

20 Recurso aquí a los términos empleados en el art. 70.1 b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados para aludir a las consecuencias de la terminación de estos.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrés Sáenz de Santa María, Paz. 2010. Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes, en *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, coord. Martín y Pérez de Nanclares, José, pág 81-101. Madrid: Iustel.
- Byberg, Rebekka. 2017. The History of the Integration Through Law Project: Creating the Academic Expression of a Constitutional Legal Vision for Europe. *German Law Journal* 18 (6): 1531-1556.
- Casanovas y La Rosa, Oriol. 2015. La dimensión pública del Derecho internacional actual, en *La gobernanza del interés público global*, dirs. Bouza, Nuria; García, Caterina y Ángel J. Rodrigo, pág 57-75. Madrid: Tecnos.
- Conforti, Benedetto. 2004. La dottrina di diritto comunitario: questa sconosciuta. *Il Diritto dell'Unione Europea* 1: 1-6.
- Constantinesco, Léontin Jean. 1982. La naturaleza jurídica de las Comunidades Europeas, en *El Derecho de la Comunidad Europea*, comp. Díez de Velasco, Manuel, Madrid: UIMP.
- Constantinesco, Vlad. 1974. *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*. Paris: LGDJ.
- De Visscher, Paul. 1972. Cours général de droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*: 136.
- Díez-Hochleitner, Javier. 1999. La interdependencia entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea. Curso presentado en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 1998*. Bilbao: Universidad del País Vasco.
- Gosalbo Bono, Ricardo. 2017. *Quo Vadis, Coniunctio Europae?*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*: 58.
- Haas, Ernst B. 1958. *The Uniting of Europe*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- _____. 1970. The Study of Regional Integration: Reflections on the Joy and Anguish of Pretheorizing. *International Organization*, XXIV (4): 607-646.
- _____. 1976. Turbulent Fields and the Theory of Regional Integration. *International Organization*, XXX (2): 173-212.
- Habermas, Jürgen. 2012. *La Constitución de Europa*. Madrid: Trotta.
- _____. 2012. The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law. *European Journal of International Law*, 23 (2): 335-348.
- Jacqué, Jean Paul. 1990. Cours général de droit communautaire. *Collected Courses of the Academy of European Law*, I-1.
- _____. 2012. Les «communitaristes» sous le regard des politologues. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 48 (4): 737-739.
- Koskenniemi, Martin. 2005. International Law in Europe: Between Tradition and Renewal. *European Journal of International Law*, 16 (1).
- Lenaerts, Koen. 1998. Federalism: Essential Concepts in Evolution — The Case of the European Union. *Fordham International Law Journal*, 21 (3).
- Mancini, Giuseppe F. 1998. Europe: The Case for Statehood. *European Law Journal*, 4 (1): 29-42.

- Mangas Martín, Araceli. 2014. *Humanización, Democracia y Estado de Derecho en el ordenamiento internacional*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Martín y Pérez de Nanclares, José. 2003. *El Federalismo Supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?* Bilbao: Consejo Vasco del Movimiento Europeo.
- _____. 2015. La posición de los Estados miembros ante la evolución de la Unión Europea: comprometidos con el proceso de integración, convencidos de la necesidad de reforzar los rasgos de intergubernamentalidad. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50.
- Mosler, Hermann. 1974. The International Society as a Legal Community. General Course on Public International Law. *Collected Courses of the Academy of International Law*, 140.
- Pellet, Alain. 1994. Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire. *Collected Courses of the Academy of European Law*, V-2.
- Pescatore, Pierre. 1972. *Le droit de l'intégration*. Leiden: Sijthoff.
- Peters, Anne. 2009. Membership in the Global Constitutional Community, en *The Constitutionalization of International Law*, Klabbers, Jan; Peters, Anne y Geir Ulfstein, págs. 153-79 Oxford: University Press.
- Remiro Brotóns, Antonio. 2011. La noción de regímenes internacionales en el Derecho Internacional Público, en *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*, eds. Rodrigo, Ángel J. y Caterina García, pág 167-176. Madrid: Tecnos.
- Roldán Barbero, Javier. 2005. La naturaleza jurídica del Derecho Comunitario revisitada: la sombra del Derecho internacional es alargada. *Revista General de Derecho Europeo*, 7.
- Salmon, Jean. 2002. Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI siècle. *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, VI.
- Sarmiento, Daniel. 2016. *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- Saurugger, Sabine. 2013. *Theoretical Approaches to European Integration*. London: Palgrave Mcmillan.
- Sobrino Heredia, José Manuel. 2008. Algunas consideraciones en torno a las nociones de integración y de supranacionalidad, en *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, coords. Aldecoa Luzárraga, Francisco; Sobrino Heredia, José Manuel; González Alonso, Luis Norberto; Pastor Palomar, Antonio; Forner, Joaquim y Mónica Herranz Ballesteros, 177-194. Madrid: Marcial Pons.
- Starck, Christian. 2015. International Law, Law of the European Union and National Constitutional Law, en *Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber*, eds. Blanke, Hermann J.; Cruz Villalón, Pedro; Klein, Tonio y Jacques Ziller, pág. 125-40 Heidelberg: Springer.
- Stephanou, Constantin. 1997, *Réformes et mutations de l'Union européenne*. Paris: LGDJ.
- Terpan, Fabien. 2018. France as a Driving Force for European Integration? One Year after the Sorbonne Speech by President Macron. *Revista General de Derecho Europeo*, 46.
- Tizzano, Antonio. 1998. La personnalité internationale de l'Union européenne. *Revue du Marché Unique Européen*, 4.
- Tomuschat, Christian. 1999. International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law. *Collected Courses of the Academy of International Law*, 281.

- Van Middelaar, Luuk. 2013. *El paso hacia Europa*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Virally, Michel. 1974. La notion de fonction dans la théorie de l'Organisation internationale, en *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La Communauté Internationale*. Paris: Pedone.
- Von Bogdandy, Armin. 2006. Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany. *Harvard International Law Journal*, 47 (1).
- Walker, Neil. 2014. The Philosophy of European Union Law. *Europa Working Paper* n° 06, University of Edinburgh School of Law.
- Weiler, Joseph. H. H. 1981. The Community System: the Dual Character of Supranationalism. *Yearbook of European Law*, 1.

LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, ¿EN PRO DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DE LAS MULTINACIONALES?

THE INTERNATIONAL COMMUNITY, IN FAVOR OF THE INTERNATIONAL LEGAL SUBJECTIVITY OF MULTINATIONALS?

A COMUNIDADE INTERNACIONAL: EM PROL DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL DAS MULTINACIONAIS?

*Jacqueline Hellman**

Recibido: 24/09/2018

Aprobado: 01/12/2018

Resumen

La sociedad internacional ha presentado, tradicionalmente, una naturaleza marcadamente estatal; sin embargo, hoy en día se aprecia el destacado papel que otros actores ejercen en las actuales y complejas relaciones internacionales. Dicho fenómeno es consecuencia, en gran medida, del proceso de humanización al que parece quedar sometido el Derecho Internacional contemporáneo. Tal avance, lógicamente, ha supuesto una alteración sustancial de su “fisonomía”, que a su vez se ha traducido en el reconocimiento de una personalidad jurídica internacional a favor de ciertos actores no estatales. Así pues, a la luz del contexto actual, no debe resultarnos ajeno el debate que ahora se plantea en torno a si las personas jurídicas, tradicionalmente no catalogadas como sujetos desde el punto de vista de la regulación supranacional, puedan ser consideradas como tales en un futuro no tan remoto. Evidentemente, esta discusión, fuertemente avivada en los últimos años, aboga de algún modo por la cristalización de una concepción amplia de la *civitas maxima* y, por lo tanto, a favor de una ruptura frontal y desafiante para con la teoría clásica existente sobre la subjetividad jurídica internacional.

Palabras clave: Subjetividad jurídica internacional; Personas jurídicas; Derechos humanos; Organización de las Naciones Unidas; Principios Ruggie

Summary

The international society has traditionally presented a markedly state nature; however, nowadays, the outstanding role that other actors play in the current and complex international relations is appreciated. This phenomenon is a consequence, to a large extent, of the process of humanization to which contemporary international law seems to be undergo. This, logically, has meant a substantial alteration of its “appearance”, which in turn has resulted in the recognition of an international legal personality in favor of certain non-state actors. Thus, in light of the current context, it should not be odd to us the debate that is being raised about whether artificial persons, traditionally not classified as subjects from the point of view of supranational regulation, can be considered as such in a not so remote future. Obviously, this discussion, strongly revived in recent years, advocates in some way for the crystallization of a broad conception of the *civitas maxima* and, therefore, in a frontal and challenging breakdown with the existing classical theory on international legal subjectivity.

Key words: International legal subjectivity; Artificial persons; Human rights; United Nations Organization; Ruggie principles

* Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Estudió el Máster de Derecho de la Unión Europea y Derecho de la Competencia de la Universidad Carlos III de Madrid, obteniendo el premio Luis Vives concedido por el Parlamento Europeo al mejor alumno del Máster. Ha trabajado en organizaciones y fundaciones españolas y extranjeras consagradas al asesoramiento legal en procesos judiciales vinculados a graves violaciones de derechos humanos. Correo electrónico: jackiehellman@gmail.com

Resumo

A sociedade internacional vem apresentando, tradicionalmente, uma natureza estatal marcada; mas, hoje em dia, se nota o destacado que outros atores exercem nas atuais e complexas relações internacionais. Esse fenômeno é consequência, em grande medida, do processo de humanização ao que parece estar submetido o Direito Internacional contemporâneo. Isso, logicamente, supõe uma alteração substancial de sua “fisionomia”, o que por vez, se traduz no reconhecimento da personalidade jurídica internacional a favor de certos atores não estatais. Assim, e a luz do contexto atual, não deve ser afastado que se está planteando ao redor de si mesmas, as pessoas jurídicas, tradicionalmente

não catalogadas como sujeitos desde o ponto de vista da regulação supranacional podem ser consideradas como tais em um futuro não tão distante. Evidentemente, esta discussão, fortemente acendida nos últimos anos, advoga de algum modo pela cristalização de uma concepção ampla *civitas máxima* e, por tanto, numa ruptura frontal e desafiante para a teoria clássica existente sobre a subjetividade jurídica internacional.

Palavras chave: Subjetividade Jurídica Internacional; Pessoas jurídicas; Direitos Humanos; Organização das Nações Unidas; Princípios Ruggie

INTRODUCCIÓN

La sociedad internacional se caracterizó, en el pasado, por tener una naturaleza fundamentalmente estatal. No obstante, con el tiempo, se ha podido apreciar la participación *in crescendo* de otros actores en las complejas relaciones internacionales. Este cambio se ha producido como consecuencia del innegable proceso de humanización que ha “padecido” el Derecho Internacional contemporáneo en las últimas décadas, fenómeno que se ha traducido en una ampliación de la noción de la personalidad jurídica internacional a favor de actores no estatales. En esta peculiar coyuntura, no sorprende la discusión actualmente existente en torno a si las personas jurídicas pueden ser consideradas sujetos desde el punto de vista de la regulación internacional. Efectivamente, cabe traer a colación la posición doctrinal de aquellos que se inclinan por promover, de algún modo, una concepción amplia de la *civitas maxima* que suponga una ruptura frontal para con la teoría clásica existente sobre la subjetividad jurídica internacional que dé cabida o afecte a las empresas. Evidentemente, los Estados tienen un protagonismo crucial en la esfera de la regulación supranacional y este tema, como todos sabemos, se encuentra ligado fundamentalmente a la propia idea de soberanía, la cual constituye un atributo

esencial que confiere a los referidos sujetos la capacidad de asumir obligaciones supranacionales y, por tanto, la posibilidad de apreciar su responsabilidad en caso de incumplimiento de éstas¹. En definitiva, los Estados son sujetos plenos, primarios y necesarios en el ámbito de la regulación internacional, y disponen *per se* de subjetividad internacional. Sin embargo, tal hecho no puede o no debe significar que otros sujetos vean limitada su capacidad de intervención en el comentado orden internacional. Es más, dicha participación, innegable en los tiempos actuales, hace que el comentado concepto se vea impregnado de cierto poliformismo (Díez de Velasco 2015, 78-9). Esta tesis se traduce en la idea del fin de la soberanía como elemento limitador (Yturriaga Barberán 1964) y, a su vez, en la consagración de una concepción amplia de la citada *civitas maxima*.

Resulta conveniente retrotraerse a la finalización de la II Guerra Mundial, tras la cual no solo surgieron nuevos Estados, sino que además apareció y fructificó el proceso de descolonización, así como el protagonismo inusitado que nuevas organizaciones empezaban a adquirir en el ámbito de la comunidad internacional². La conjunción de todos estos factores influyó en la

1 Así se puso de relieve en el referido asunto Wimbledon. Vid. Supra. Nota al pie 16.

2 Conviene recordar que, además, en aquel momento se crearon normas comerciales en favor de países poderosos. De ahí se derivó un sistema imperfecto que dará lugar a secuelas inoportunas.

nueva configuración de ésta, que anteriormente había estado marcada –casi con carácter exclusivo– por la actuación estatal. Además, la comunidad internacional, fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, se ha globalizado de forma continuada y constante. Por lo tanto, parece claro que no solo los Estados cumplen un papel fundamental, sino que otros relevantes actores como las organizaciones internacionales, los individuos y las multinacionales gozan de un gran protagonismo, de modo que vuelven más enriquecedora y, a su vez, más compleja la articulación de las relaciones internacionales³.

En otras palabras, el sistema legal supranacional ha evolucionado de forma significativa, reflejando la naturaleza cambiante de la sociedad internacional, conforme a la cual se advierte el creciente e indiscutible rol de los muchos actores que intervienen en ella. En este sentido es importante analizar, como haremos más adelante, el potencial estatus que pueden llegar a tener las personas jurídicas en el ámbito de la regulación internacional. En cualquier caso, antes de proceder a discutirlo, haremos previamente hincapié en conceptos claves que afectan a la normativa supranacional.

¿QUÉ ES LA PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL?

A raíz de las manifestaciones anteriores, no cabe duda de que la sociedad internacional presenta una naturaleza fundamentalmente interestatal. Sin embargo y como ya quedó apuntado, debe destacarse la actuación de otros actores que participan en las actuales y complejas relaciones internacionales, que ejercen una notable influencia en el marco de éstas y que, por supuesto, generan el consiguiente impacto en el contenido de la propia normativa supranacional. Así pues, la homogeneidad del sistema internacional del pasado no ha permanecido y, en la actualidad, se advierten altas dosis de heterogeneidad. Buena prueba de esta nueva situación es la sentencia emitida el 11 de abril de 1949 por la Corte Internacional de Justicia sobre la *reparación de daño sufridos al servicio de las Naciones Unidas*. En dicho caso se proclamó que “Los sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. El desarrollo del Derecho Internacional [D.I.], a lo largo de su historia, ha estado influido por las exigencias de la vida internacional y el incremento progresivo de las actividades colectivas de

los Estados ha originado ya ejemplos de acción ejercida en el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados” (Díez de Velasco 2015, 276). No hay duda de que ha tenido lugar “una diversificación de los sujetos del D.I., conservando, no obstante, los Estados su carácter de sujetos originarios de este orden jurídico (...)”. Así pues, el listado de sujetos de Derecho Internacional se ha visto ampliado como fruto de las necesidades de la propia comunidad internacional, que asume un número creciente de retos y funciones (Yturriaga Barberán 1964, 102)⁴. Así pues, queda fuera de toda duda que, quienes ostentan personalidad jurídica internacional ya no son solo los Estados (Díez de Velasco 2015, 275).

Se abandona, por tanto, la clásica postura reduccionista de la personalidad, conforme a la cual los Estados son los únicos sujetos con capacidad para actuar más allá del plano doméstico; debemos tener claro que, para ser titular de aquella, es necesario que el sujeto en cuestión no solo sea “beneficiario de un derecho o estar afectado por una obligación, sino que [además] se requiere una aptitud para hacer valer el derecho ante

3 A fines del s. XX, *Yearbook International Organization* informaba de que existían más de 922 organizaciones intergubernamentales y 9.988 ONG internacionales.

4 En este sentido, Yturriaga Barberán afirma: “Hoy todo parece indicar que el Estado no se basta con sus recursos para realizar la función que antes cumpliera en monopolio; el Estado se ve impotente para satisfacer las necesidades y exigencias que, a escala mundial, planetaria, tiene planteadas la Humanidad en el momento presente. Se ha producido, en consecuencia, una modificación en el esquema funcional, en la distribución de cometidos sociales que anteriormente existía entre el Estado y la sociedad internacional” (1964, 102).

instancias internacionales o pasar a ser responsable en el plano internacional en caso de violación de la obligación” (Díez de Velasco 2015, 276-7). Claramente, la citada cualidad parece estar ligada a una legitimidad procesal activa y pasiva (Murray 2016, 47)⁵. De esta manera, si no advertimos dicha “aptitud”, podremos estar ante un actor influyente en el ámbito de las relaciones internacionales que, pese a todo, adolecerá de la comentada personalidad jurídica. Al hilo de las consideraciones anteriores, conviene tener presente que la referida capacidad puede ser más o menos amplia en función del sujeto que sea objeto de análisis. Así lo confirma la Corte Internacional de Justicia en el reiterado asunto de 1949, cuando señala que: “(...) un Estado posee la totalidad de derechos y deberes internacionales, [frente a] los derechos y deberes de una entidad como la Organización, [los cuales] han de depender de los propósitos y funciones de esta, tal como son enunciados o están implícitos en sus textos constitutivos y desarrollados en la práctica”. De alguna manera, se percibe que, frente a los Estados que se erigen como sujetos plenos y necesarios del Derecho Internacional, existen otros con una personalidad limitada que tienen posibilidad de intervenir en la elaboración de normas supranacionales, de operar como sujetos responsables en la esfera internacional y de reclamar sus derechos conforme a los mecanismos

previstos por dicha regulación. Como era de esperar, las organizaciones internacionales juegan, en este ámbito, un papel esencial.

Además, resulta de interés traer a colación la personalidad jurídica internacional, si bien limitada, de actores vinculados a la religión (Barberis 1984, 99 y ss)⁶, así como la de aquellos subsumidos a cierto grado de beligerancia⁷. En este sentido, aludimos expresamente a los movimientos de liberación nacional, a grupos rebeldes o a aquellos que se encuentran bajo el ámbito aplicativo del principio de libre determinación de los pueblos (Torrecuadrada García-Lozano 2001, 52)⁸.

Claramente, se ha producido un significativo avance en los últimos tiempos con respecto a las afirmaciones contenidas en el asunto *Lotus*, a través del cual se puso de relieve que la regulación supranacional regía “las relaciones internacionales entre Estados independientes”; una estipulación que, a todas luces, resulta una premisa inexacta y alejada de la realidad actual (Remiro Brotóns 2007, 93). A raíz del anterior planteamiento, debemos necesariamente analizar y detenernos en la situación de las personas jurídicas con el objetivo de determinar si gozan o no del comentado atributo.

LA ACTUAL CONYUNTURA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ÁMBITO DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL

Hace años se suscitó en el ámbito de la comunidad internacional una discusión en torno a si las personas jurídicas deben o no disponer de personalidad jurídica internacional. Recientemente, la ONU avivó el debate

en cuestión por medio del informe elaborado por John Ruggie, ex Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, en el año

5 No obstante, no todo el mundo secunda la referida visión en torno a la personalidad jurídica internacional, tal y como se observa a continuación: “the ability to bring an international claim should appropriately be regarded as a possible consequence of, but not a prerequisite to, international legal personality” (Daragh Murray 2016, 47).

6 Nos referimos, en este caso, a la Santa Sede, la Ciudad del Vaticano y a la Orden de Malta.

7 Conforme al artículo 3 común a la Convenciones de Ginebra de 1949, se crean “obligaciones y derechos a cargo de entidades que son parte en un conflicto armado no internacional”.

8 A este respecto debemos indicar que los pueblos no son generalmente titulares de normativa internacional; son, en realidad, objeto de ésta. Sin embargo, cabe mencionar, a modo de excepción, el art. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos, conforme al cual, se advierte la posibilidad de que estos apliquen el principio de libre determinación. Tal potestad sin duda les confiere subjetividad internacional, si bien es cierto que se trata de una subjetividad un tanto limitada (Torrecuadrada García-Lozano 2001, 52).

2011, conforme al cual se puso de relieve la particular y necesaria sinergia que debe existir entre las personas jurídicas y la regulación relativa a los derechos humanos⁹. Se trata de un documento de gran interés, aunque su eficacia se ve seriamente mermada por tratarse de una herramienta más de *soft law*. Tal problema ha llevado a muchos autores a la siguiente idea: “(...) las empresas carecen por el momento de la condición de sujetos de responsabilidad (jurídica) internacional pasiva, y en su lugar únicamente parecen estar llamadas a una eventual responsabilidad social voluntariamente asumida” (García Mosquera 2013, 326).

Al hilo de las consideraciones previas, debemos apuntar que, bajo ningún concepto, el reconocimiento de la personalidad internacional de las corporaciones es algo unánimemente aceptado, si bien debe admitirse la existencia de un debate que, en estos momentos, se encuentra en su punto álgido (García Mosquera 2013, 324); y esta discusión puede constituir un preludio de nuevos y desafiantes cambios. En el referido contexto, conviene recordar que la sociedad internacional ya no presenta un exclusivo carácter estatal, en la medida en que son muchos los actores que influyen en, y determinan, las actuales y complejas relaciones internacionales. Si este fenómeno se combina con el hecho de que la regulación internacional contemporánea se ha visto sometida a un indubitado proceso de humanización, cabe apreciar una sustancial alteración de su “fisonomía”, logro que apoya la idea de reconocer una personalidad jurídica internacional amplia a favor de ciertos actores no estatales.

En estos momentos, muchos son los autores que se han decantado –no sin afrontar numerosos obstáculos– por atribuir personalidad jurídica internacional al individuo (Duruigbo 2008, 37)¹⁰; una situación que no es extrapolable al ámbito de las personas jurídicas, donde se perciben mayores reticencias y dificultades. No obstante, en este escenario objeto de

análisis parece reinar cierta confusión, especialmente si consideramos estrategias ideadas por sujetos internacionales, como la diseñada por la ONU; puesto que, si bien es cierto que no reclaman directamente cambios en el sistema legal internacional ni se refieren expresamente a la subjetividad internacional de aquellas, parece haberse alimentado la controversia en cuestión sobre la base de ideas pragmáticas, conforme a las cuales se indica, con ahínco, lo apropiado de someter a las empresas bajo el ámbito aplicativo de la regulación internacional en materia de derechos humanos (Pentikäinen 2012, 150). En cualquier caso, la opinión predominante es reacia a aceptar la situación anterior. La mayoría sostiene que no todas las entidades con capacidad para participar e influir en las relaciones internacionales contemporáneas deban considerarse como personas jurídicas internacionales. Subrayan, además, que la actuación de muchas de ellas no conlleva intervención jurídica alguna (Nowrot 2005, 4). Asimismo, arguyen que estar en posesión de derechos y obligaciones no es motivo para ejercer y, por tanto, ser titular de la referida subjetividad. En línea con la idea anterior, no son pocos los que destacan que es necesario ser capaz de crear e implementar una regulación supranacional y, para lograrlo, es crucial advertir algún elemento de carácter público que trascienda de los meros intereses privados (Duruigbo 2008, 241). Evidentemente, hay posturas que no se encuentran tan “encorsetadas” y, por ende, están abiertas a cambios; pues admiten que, si bien los Estados disponen de una subjetividad plena, tanto las organizaciones internacionales y las corporaciones como los individuos son titulares de una subjetividad de carácter parcial¹¹. Esta propuesta permite la configuración de nuevas situaciones en las que las personas jurídicas podrían tener un efectivo protagonismo bajo el prisma de la regulación internacional.

Asimismo, y en línea con las tesis anteriormente expuestas, ciertos autores se han alejado de forma radical

⁹ Vid. *Infra*. 11 y ss.

¹⁰ Un aspecto esencial que ha modificado la opinión de muchos autores ha sido el reconocimiento de la capacidad de actuación por parte de los individuos ante instancias judiciales internacionales, tal y como se declara a continuación: “the case for asserting the legal personality of the individual gained strength as individuals were granted access in a number of instances to claim their rights directly before international tribunals” (Duruigbo 2008).

¹¹ *Ibid*, 239. En línea con lo expuesto, cabe traer a colación la siguiente afirmación: “(...) while states have the status of primary subjects of international law with the most extensive capacities (full legal capacity), the ‘subjectivity’ of international organisations is limited and determined by the powers vested in them. The scope of this ‘subjectivity’ does give rise to various interpretations” (Pentikäinen 2012).

de la comentada concepción clásica y sostienen que el individuo debe constituirse, conforme a la máxima *ex persona ius oritur*, como la piedra angular sobre la que la sociedad internacional ha de descansar (Domingo 2010, 187). Posiciones como estas últimas son las que pueden trasladarse, de algún modo, al ámbito de estudio de las corporaciones, en la medida en que su planteamiento conlleve cambios en la configuración tradicional de la personalidad jurídica internacional y haga que actores distintos de los Estados, tales como las empresas, puedan ser titulares de aquella; si bien es cierto que, en el contexto empresarial, las circunstancias son muy distintas a las existentes en otros escenarios.

Dadas las diferentes opiniones existentes en la materia, resulta extremadamente relevante examinar la reciente sentencia dictada en Holanda por el Tribunal de Apelaciones de Den Bosch, conforme a la cual el director de operaciones de varias compañías que operaban en Liberia, Guus Kouwenhoven, fue condenado a 19 años de prisión por cometer crímenes de guerra¹². A raíz de ella se ha proclamado que: “all international businessmen are put on notice that business with regimes like Charles Taylor’s can lead to involvement with and liability for international crimes”¹³. Esta postura conduce a la aplicación de la regulación internacional en materia de derechos humanos a un ámbito tremendamente complejo en el que parecen desdibujarse los límites (Slim 2002, 910)¹⁴.

El impacto de la citada resolución judicial debe conjugarse con los interesantísimos Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales –dotados de un alto valor doctrinal– abogan por el reconocimiento de la responsabilidad de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, así como de las empresas multinacionales¹⁵.

Se advierte, pues, la existencia de iniciativas/medidas que agitan la cuestión objeto del presente análisis¹⁶. Es más, a raíz de la tesis discutida en el párrafo anterior, muchos sostienen que la subjetividad de las personas jurídicas no presenta excesivos problemas desde el punto de vista técnico-jurídico; de hecho, consideran que el principal escollo reside en advertir una auténtica voluntad política que abogue por dicho reconocimiento (Charney 1983, 787). Así se entiende la razón por la que es tan positivo defender la personalidad jurídica internacional de aquellas, en la medida en que redundaría en una situación favorable, en términos de efectividad, de la regulación internacional, tal y como se desprende de la siguiente afirmación:

“(…) a process that excluded powerful international actors will become less legitimate in the eyes of the excluded actors and will breed disrespect for the international system as a whole” (Charney 1983).

Asimismo, en línea con lo anterior, debe ponerse de relieve la idea que figura a continuación:

“(…) an approach to international legal personality that is incapable of making all of the important actors in the international system subject to the “international rule of law” creates intolerable gaps in the structure of the international normative order and imposes unnecessary risks on the inherently frail international legal system” (Nowrot 2005, 10-1).

Consecuentemente, si por fin llega a producirse el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las empresas, cabría inferir la desaparición de la figura de la inmunidad de éstas, de la que, lamentablemente, parecen seguir gozando hoy en día (Charney 1983).

12 Ver: http://elpais.com/elpais/2017/04/24/africa_no_es_un_pais/1493048807_263608.html (consultado el 22-IX-2018).

13 Ver: <http://www.ijrcenter.org/2017/05/03/dutch-businessman-convicted-of-war-crimes-committed-in-liberia-and-guinea/> (consultado el 22-IX-2018).

14 Así queda determinado por SLIM cuando afirma: “the boundary between business and humanitarian concerns has become much more porous” (2002).

15 Información disponible en: https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf (consultado el 22-IX-2018).

16 Debe traerse a colación, a modo de ejemplo, las reuniones que tuvieron lugar en Ginebra en el año 2018, que se refirieron al respeto empresarial para con los derechos humanos. Aquellas tenían como objetivo “crear redes, intercambiar experiencias y aprender de las numerosas iniciativas destinadas a promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas”.

EL IMPACTO DE LAS ESTRATEGIAS DISEÑADAS POR LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN TORNO AL POTENCIAL RECONOCIMIENTO DE LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

No cabe duda de que la relevancia de la regulación internacional en materia de derechos humanos ha provocado cambios sustanciales en la misma, así como una vigorosa y pujante entrada en escena de numerosos actores y sujetos. Se advierte la importancia que tiene el cada vez más enconado debate surgido en torno a las razones que esgrimen unos y otros en lo referente a si debería llegar a admitirse o no cierto grado de subjetividad internacional en favor de las personas jurídicas. Esta enérgica discusión debe, pues, examinarse, a la luz de la postura adoptada por relevantes sujetos internacionales como la ONU, de forma que debemos referirnos al ya citado informe del ex Representante Especial del Secretario General, John Ruggie, conforme al cual, se presentaron los principios rectores que deben regir en toda actuación empresarial, con el propósito de proteger y respetar adecuadamente los derechos humanos, así como proporcionar el remedio oportuno en el caso de que atente contra ellos¹⁷.

En este sentido, debe apuntarse que el comentado informe recalca no solo que las empresas juegan un papel fundamental en la sociedad, sino que, además, deben cumplir con “todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos”. Al hilo de lo anterior, es de sumo interés traer a colación el décimo primero principio en virtud del cual se determina que, para la consecución del comentado objetivo, es necesario que éstas se abstengan de “(...) infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”. Asimismo, resulta igualmente conveniente mencionar el duodécimo principio en la medida en que proclama que debido a

la influencia que una empresa es capaz de ejercer por medio de sus actuaciones en el ámbito de los derechos humanos, estas deben respetar los que se encuentran (...) internacionalmente reconocidos –que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo–”. En definitiva, “las empresas deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, donde quiera que operen”. Para lograrlo, es esencial que, tal y como concreta el instrumento en cuestión, las personas jurídicas asuman un compromiso de respeto para con aquellos, de actuar con la diligencia debida, reparar los daños causados, etc.

Del citado informe se deducen, *grosso modo*, tres ideas esenciales. La primera cuestión sobre la que se presta especial atención es la que se refiere al deber estatal de proteger, en el momento en el que se producen, violaciones contra los derechos humanos acaecidos en su territorio y/o en su jurisdicción, incluyendo ilícitos cometidos por las empresas. La segunda idea se halla relacionada con el importante concepto de responsabilidad corporativa. Y, la tercera hace hincapié en la necesidad de facilitar un acceso efectivo a los recursos –tanto judiciales como extrajudiciales– con la intención de promover una reparación adecuada frente a los daños ocasionados¹⁸. Se trata, por tanto, de un documento que trata de imponer “orden” en las actuaciones empresariales, para que éstas tengan lugar de acuerdo con lo estipulado por la normativa

17 Ver: <http://www.global-business-initiative.org/wp-content/uploads/2012/07/GPs-Spanish.pdf> (consultado el 22-IX-2018).

18 Con respecto a esta última cuestión, debemos apuntar que los mecanismos de reparación existentes son incompletos y, por tanto, deben ser objeto de una sustancial mejora, tal y como se desprende del informe emitido en el año 2008, conocido como *Marco de las Naciones Unidas para Proteger, Respetar y Remediar*. Véase en: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf> (consultado el 22-IX-2018).

relativa a los derechos humanos. Consecuentemente, se advierten avances innegables. Más aún, si se considera que, pocos años atrás, se afirmaba que: “though corporations are capable of interfering with the enjoyment of a broad range of human rights, international law has failed both to articulate the human rights obligations of corporations and to provide mechanisms for regulating corporate conduct in the field of human rights. (...) Over the last fifty years, though, the gradual establishment of an elaborate regime of international human rights law and international criminal law has begun to redefine the individual’s role under international law. It is now generally accepted, that individuals have rights under international human rights law and obligations under international criminal law. This redefinition, however, has occurred only partially with respect to legal persons such as corporations: international law views corporations as possessing certain human rights, but it generally does not recognize corporations as bearers of legal obligations under international criminal law”¹⁹.

Sea como fuere, conviene apuntar que, con carácter previo al citado informe, se articularon otra clase de iniciativas, caracterizadas tanto por plasmar la preocupación existente en este campo, como también por motivar el establecimiento de una relación entre las personas jurídicas y la regulación supranacional en materia relativa a los derechos humanos. Es más, hace años, se tuvo la oportunidad de poner de relieve que los ingresos procedentes, fundamentalmente, de grandes multinacionales eran superiores al PIB de algunos Estados. Asimismo, se hizo hincapié en que la actuación de aquellas afectaba en gran medida a los derechos más básicos de los individuos, etc. Lo anterior explica, pues, la aparición, en su día, de la Comisión de sociedades transnacionales o del Centro de Sociedades Transnacionales, encargados de elaborar, entre otras cosas, eficaces códigos de conducta.

Posteriormente, la llegada del nuevo siglo trajo consigo nuevas estrategias, conforme a las cuales se pretendía

promover un “(...) comportamiento responsable en el ámbito de los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción”²⁰ que tuviera repercusión en la esfera de actuación empresarial mediante un “(...) enfoque de precaución en lo relativo a los desafíos medioambientales; la promoción de una mayor responsabilidad medioambiental; y el desarrollo y la difusión de tecnologías favorables al medio ambiente”²¹. Asimismo, reviste especial interés el documento adoptado en el año 2003 por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Normas de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en relación con los derechos humanos*²². En él se detalla un listado de cuestiones a las que las empresas debían prestar especial atención (como, por ej., la prohibición de trabajo infantil), y se advirtió la responsabilidad de los Estados en caso de no poder cumplir con las premisas esenciales del documento. Además, con el propósito de garantizar su efectividad se concretaron procedimientos que pretendían verificar de forma independiente en qué medida se lo conculcaba, así como facilitar eficaces procesos de denuncia. Un amplio sector empresarial mostró su desdén para con aquel, puesto que lo consideraron una fuerte amenaza que les podría perjudicar seriamente. Todo este proceso, finalmente, se tradujo en la falta de imperatividad y, por tanto, de inoperatividad de las citadas normas de 2003. Más adelante, en el año 2008, se sitúa el Marco de Naciones Unidas “Proteger, Respetar, Remediar”, conforme al cual ya se hizo referencia a los principios fundamentales sobre los que toda acción empresarial debería articularse²³. Y, por fin, tres años después, se aprobaron los ya citados “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”.

Una vez analizado brevemente el recorrido histórico en torno a las medidas adoptadas en este peculiar y complejo ámbito, conviene volver de nuevo al informe del año 2011, que, para muchos fue un tanto

19 Developments in the Law—Corporate Liability for Violations of International Human Rights Law, *Harvard Law Review*, 2001, 2030 y 2031.

20 Véase el documento: “Análisis de los resultados medioambientales de la OCDE: España 2015” (pág. 222).

21 *Ibid.*

22 Véase el documento en: http://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/11/Normas_DDHH_UNU.pdf (consultado el 22-IX-2018).

23 Ver en: http://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/11/Proteger_respetar_remediar_abril2008.pdf (consultado el 22-IX-2018).

decepcionante: “el contenido del informe es tan solo y únicamente, una interpretación de las obligaciones ya nacidas de las que se asumieron en su día por los estados en virtud de otros convenios internacionales de derechos humanos; esto es, una recomendación de su aplicación, lo que en definitiva puede llevar a la conclusión por la cual en la práctica jurídica dichos principios carecen de validez. Así pues, pudiera pensarse que estas obligaciones, no son sino pura tautología” (Esteve Moltó 2011, 329)²⁴. Parece, pues, que el instrumento objeto de análisis no añade nada nuevo de interés.

Es más, si se examina con detalle el documento en cuestión, no solo resulta decepcionante su anexo, sino que el cuerpo principal del texto también genera esa misma impresión. En el momento en el que se determina que el Estado debe asegurar que las empresas cumplan con la regulación en materia de derechos humanos, se percibe la falta de trascendencia de dicha aseveración. Obviamente, en un Estado de Derecho se debe conferir la pertinente protección y asegurar el cumplimiento de la normativa existente en materia de derechos humanos, de modo que el principio rector cuarto no es más que una obviedad que no contiene valor añadido alguno. Igual sucede con el principio rector tercero, cuando menciona que la regulación mercantil doméstica debe promover el respeto de la anteriormente citada normativa. De nuevo, si estamos ante un país que ha suscrito debidamente los tratados de turno, difícilmente podrá aplicar alguna regulación nacional que colisione con aquella. No hay duda de que son los Estados los que, comprometiéndose con las normas nacionales y supranacionales relativas a los derechos humanos, deben exigir un fiel cumplimiento de estas, que, por supuesto, incluyen a todo operador que actúe en su territorio y/o jurisdicción. Así pues,

como ya decíamos, es difícil apreciar un contundente impacto en el contenido del citado informe.

No obstante, conviene apuntar que el mencionado informe, al tratar la idea relativa a la reparación de los daños causados, determina que deben ser las empresas las que se involucren y, por tanto, las que –“empleándose a fondo”– confieran remedio a “(...) esa situación, por sí sola o en cooperación con otros actores”²⁵. En este ámbito, parece pues, que se invierten los roles entre las personas jurídicas y los Estados, pues la actuación de las primeras debe ser la prioritaria. Es más, si la “consecuencia negativa” generada no ha sido motivada por la empresa, pero existe una “relación directa con operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial suya”, ella podrá, si así lo desea, adoptar un “papel” en el proceso de reparación. En cualquier caso, aunque se transfiera a las empresas el protagonismo en este ámbito, debe admitirse que la terminología empleada no es precisamente contundente; de hecho, queda impregnada por altas dosis de voluntariedad, un hecho que dulcifica y suaviza la trascendencia de aquel²⁶.

Para insistir en la premisa anterior, cabe traer a colación la opinión de Esteve Moltó, quien afirma que el instrumento objeto de análisis se decanta con un extremo cuidado por un determinado vocabulario con el que se evitan términos como “obligaciones”; y se inclina de forma deliberada por un “lenguaje *soft* que incluya referencias como «se espera», «deberían informar», «diligencia debida», «debe emplearse a fondo», etc” (Esteve Moltó 2011, 330)²⁷. Así pues, Ruggie, como hiciera en el informe de 2009, no soluciona el problema de la extraterritorialidad y se limita a describir los distintos enfoques que de forma unilateral están adoptando cada uno de los Estados²⁸.

²⁴ No obstante, conviene tener presente que, en opinión de Cantú Rivera, había una serie de dificultades –en el momento de la elaboración de los referidos principios– que descansaban, básicamente, “(...) en la falta de un punto de convergencia a partir del cual pudiera construirse un progreso significativo” (Cantú Rivera 2016).

²⁵ Nos referimos al principio rector 22.

²⁶ Una idea parecida se obtiene al advertir que se requiere al Estado que exija diligencia debida a las empresas con el propósito de procurar una protección adecuada contra agresiones de los derechos humanos. Parece claro, pues, que la ardua y compleja tarea, en este sentido, la asume el Estado.

²⁷ Y el autor añade: “(...) la obligación de protección en caso de conflicto puede parecer un tanto débil, si se atiende al enunciado del principio que indica que los estados *«deben tratar de asegurar»* que las empresas que desarrollan su actividad en estas situaciones no se vean envueltas en violaciones de derechos humanos” (Esteve Moltó, 2011, 333).

²⁸ *Ibid.* 331.

El panorama que dibujan los principios Ruggie no es nada alentador, sobre todo si consideramos la falta de imperatividad de estos. En definitiva, no se trata de un instrumento obligatorio, y es precisamente por esta razón por la que muchas personas jurídicas se han mostrado favorables y “abiertas” a acoger su contenido, tal y como declara Amnistía Internacional²⁹. A nuestro modo de ver, este pequeño pero vital matiz lo cambia todo. De manera similar concluye Human Rights Watch cuando afirma que el informe del año 2011 se limita a perpetuar el *status quo* de las empresas (Duruigbo 2007, 224)³⁰.

Sin embargo, y pese a todo, algunos autores esperanzados no desdeñan la importancia de los citados principios rectores, en la medida en que sostienen que tanto estos como los trabajos previos que desembocaron en su realización han implicado un enfrentamiento con respecto a la doctrina clásica relativa a la subjetividad internacional. Así lo entienden algunos, cuando afirman, por ejemplo, lo siguiente: “Ruggie’s reports indicate that in the course of the past few decades, the legal status of corporations in international law has shifted to some extent from the classical position, with corporations now considered bearers of duties under international criminal law” (Duruigbo 2007: 224).

Por lo tanto, cierto sector doctrinal aprecia vientos de cambio propicios a facilitar un eficaz marco de protección en el campo de la regulación relativa a los derechos humanos ligada a la actuación empresarial. Claramente, se está generando una corriente de opinión, conforme a la cual parece plausible que se produzca una modificación del paradigma tradicionalmente imperante; pese a que en estos momentos no se están produciendo cambios legislativos de importante calado y que, además, los Estados siguen siendo los únicos sujetos que juegan un papel esencial en la materia en cuestión. Por lo tanto, pese a los puntos

flacos que sin duda alguna rodean a los principios Ruggie³¹, existe cierto empecinamiento en argumentar que estos se erigen como una especie de trampolín capaz de allanar el camino hacia la creación, por ejemplo, de derecho consuetudinario en materia de responsabilidad empresarial, en relación con conductas lesivas para con los derechos humanos (Cefo 2016, 818). Al hilo de estas ideas, cabe traer a colación la postura de Márquez Carrasco, quien muy hábilmente ha comentado que este tipo de herramientas pueden llegar a considerarse actos unilaterales cristalizadores de compromisos con capacidad para crear una *opinio iuris* individual (2017).

Así se puede concluir cuando se analizan las tareas del grupo de trabajo intergubernamental creado con el propósito de elaborar un instrumento internacional, jurídicamente vinculante en el ámbito relativo a los derechos humanos, en relación con las actividades realizadas por compañías transnacionales y otras empresas³². Por lo tanto, parece que se producen avances encaminados a abordar de lleno la cuestión objeto de análisis. Si la estrategia en ciernes termina por cuajar, no hay duda de que la normativa en materia de derechos humanos quedará apuntalada. Además, es posible que ese logro tenga su impacto en la esfera de la normativa internacional. No obstante, a raíz de la información que se ha ido filtrando en torno a la elaboración del citado instrumento, parece que la trascendencia de aquel no será tal, puesto que se pretende articular una relación directa entre éste y los Estados. En definitiva, serán dichos sujetos los que, según parece, deberán cumplir con el contenido del tratado que se encuentra en pleno proceso de elaboración (Santarelli, 2018). Este proceso, indudablemente restará importancia a la iniciativa de turno. En cualquier caso, habrá que esperar al resultado final para poder hacer las valoraciones precisas y adecuadas en torno a la citada y futura herramienta.

29 Ver en: <https://www.ft.com/content/a3101700-2439-11e0-a89a-00144feab49a> (consultado el 22-IX-2018).

30 Ver en: <https://www.hrw.org/news/2011/06/16/un-human-rights-council-weak-stance-business-standards> (consultado el 22-IX-2018).

31 El principal argumento negativo que se esgrime es que se trata de un instrumento de soft law, y se advierte su marcado e ineficiente carácter “autorregulatorio”.

32 Ver en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf (consultado el 22-IX-2018).

CONCLUSIONES

A raíz de lo comentado en los apartados previos, no hay duda del marcado carácter estatal que presenta la sociedad internacional. En cualquier caso, no debe desdeñarse el hecho de que ésta ha evolucionado de forma significativa en los últimos años. Así se aprecia, por ejemplo, el destacado papel que otrora ciertos actores y actualmente sujetos de Derecho Internacional desempeñaban en el seno de la comunidad internacional. Además, en este contexto debe traerse a colación el indubitado proceso de humanización al que se ha visto sometido la normativa supranacional, que provoca alteraciones significativas en su fisonomía.

Dado, pues, que somos conscientes de la trascendencia de ambos factores, no nos resulta extraño el debate surgido en torno a si las personas jurídicas deben o no ser consideradas sujetos con personalidad jurídica internacional. En este sentido, aunque no existe una posición unánime, el debate parece haberse avivado con la implementación, en los últimos años, de las comentadas estrategias diseñadas por la Organización de las Naciones Unidas. Es más, aquel parece haber alcanzado un punto álgido tras la tarea asumida recientemente por un grupo de trabajo intergubernamental consistente en elaborar un instrumento internacional jurídico de carácter

vinculante en el ámbito relativo a los derechos humanos en relación con las actividades realizadas por compañías transnacionales y otras empresas. Si esta iniciativa culmina con la adopción de la citada herramienta, puede que termine por cristalizar en una concepción amplia de la *civitas maxima* conforme a la cual, la doctrina clásica relativa a la subjetividad internacional se vería ampliamente superada al reconocer su titularidad a favor o en detrimento –según se mire– de las personas jurídicas. Tal avance supondría una enérgica sacudida de los pilares esenciales del orden legal internacional, redundando –y de ahí lo positivo de la maniobra en cuestión– en un mayor grado de credibilidad de éste.

Sin embargo, la información que se desprende de la citada estrategia no es excesivamente alentadora, puesto que, con ella, se hace hincapié fundamentalmente en las obligaciones que tendrán los Estados y no las empresas. En definitiva, todo indica que los cambios que puedan llegar a producirse no serán tan radicales como se esperaba en un primer momento. En cualquier caso, habrá que estar al tanto del resultado final de aquella para valorar si ciertos conceptos y categorías clásicas de la regulación internacional se van a ver verdaderamente afectados.

BIBLIOGRAFÍA

- Barberis, Julio. 1984. *Los sujetos de Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos.
- Brotóns, Antonio Remiro *et al.* 2007. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw Hill.
- Cantú Rivera, Humberto. 2016. Derechos humanos y empresas: hacia una conducta empresarial responsable. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*.
- Cefo, Ena. 2016. Corporate Human Rights Violation in the Occupied Palestinian Territories. *Georgetown Journal of International Law*.
- Charney, Jonathan I. 1983. Transnational Corporations and developing Public International Law. *Duke Law Journal*. 748-88. Disponible en <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol32/iss4/2/>
- Díez de Velasco, Manuel *et al.* 2005. *El concepto de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- Domingo, Rafael. 2010. *Legal principles of Global law*. Estados Unidos de Norteamérica: Cambridge University Press.
- Duruigbo, Emeka. 2007. Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges. *Northwestern Journal of International Human Rights*. Vol 6, 2007. Disponible en <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol6/iss2/2>
- Esteve Moltó, José E.. 2011. Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional? *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 27, 2011: 317-51. Disponible en <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2559>
- García Mosquera, Miguel. 2013. La personalidad jurídica de empresas transnacional como requisito de la responsabilidad penal del art. 31 bis CP. *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. 33, 2013: 321-68. Disponible en <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1362>
- Márquez Carrasco, Carmen. 2017. Ponencia presentada en el seminario “Los Derechos Humanos en el ámbito empresarial: qué, cómo y por qué es posible regular en la materia”. 18 a 19 de mayo de 2017, en la Universidad Carlos III, en Madrid.
- Murray, Daragh. 2016. *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*. Estados Unidos de Norteamérica: Hart.
- Nowrot, Karsten. 2005. New Approaches to the International Legal Personality of Multinational Corporations: Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibility. Ponencia presentada en el Foro de investigación de Geneva sobre Derecho internacional. 26 a 28 de mayo de 2005.
- Pentikäinen, Merja. 2012. Hanging International ‘Subjectivity’ and Rights and Obligations under International Law Status of Corporations. *Utrecht Law Review*. Vol.8, 1 (Enero) 2012: 145-54. Disponible en <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.185/>
- Santarrelli, Nicolás. 2018. Pinceladas y opiniones referentes al borrador de tratado sobre regulación de las actividades de las empresas transnacionales y otras corporaciones en el DIDH. *Blog de derecho internacional de Carlos Espósito*. Entrada del 22 de agosto de 2018. <https://aquiencia.net/2018/08/22/pinceladas-y-opiniones-sobre-el-borrador-de-tratado-sobre-la-regulacion-de-las-actividades-de-las-empresas-transnacionales-y-otras-corporaciones-en-el-didh/>

Slim, Hugo. 2002. Business actors in armed conflict: towards a new humanitarian agenda. *International Review of the Red Cross*. Vol.94, N°887, otoño 2012. Disponible en <https://www.icrc.org/en/international-review/article/business-actors-armed-conflict-towards-new-humanitarian-agenda>

Torre Cuadrada García-Lozano, Soledad. 2001. *Los pueblos indígenas en el orden internacional*. Madrid: Dykinson.

Yturriaga Barberán, José Antonio. 1964. La Organización Internacional y la soberanía de los Estados. *Revista de Estudios Jurídicos*. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2050020.pdf>

INVESTIGACIONES DE TORTURA Y OTROS MALOS TRATOS. APLICACIÓN DEL CONCEPTO

TORTURE INVESTIGATIONS AND OTHER ILL-TREATMENT. THE CONCEPT APPLICATION

INVESTIGAÇÕES DE TORTURA E OUTROS MAUS TRATOS. APLICAÇÃO CONCEITUAL

*María del Cisne Ojeda**

Recibido: 07/09/2018

Aprobado: 08/12/2018

Resumen

El sistema de protección y prevención de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes ha desarrollado normativa, criterios, directrices, definiciones, etc., alrededor del concepto de estos malos tratos; y sobre cómo deben ser interpretados al momento de investigar y sancionar a los presuntos responsables, conforme a los diferentes contextos en los que se da la privación de libertad. Algunos de estos malos tratos pueden producirse dentro de procesos investigativos o en custodia policial, donde se aplicaría el concepto clásico de tortura; y, en otros casos se podrían presentar en privación de libertad, cuya interpretación se debería hacer conforme lo establece no solo la Convención contra la Tortura, sino también los dictámenes del Subcomité de Prevención contra la Tortura y los demás instrumentos internacionales.

Palabras clave: Malos tratos; Interpretación; Acceso a la justicia

Summary

The system of protection and prevention of torture, cruel, inhuman and degrading treatment has developed regulations, criteria, guidelines, definitions, etc., around what should be understood by these ill-treatment and, as they must be interpreted at the time of the investigations and sanctions against the alleged perpetrators, according to the different contexts in which the imprisonment occurs. Some of these

mistreatments can be within the investigative processes or under police custody, where the classic concept of torture would be applied; and, in other cases, it could happen under imprisonment, whose interpretation should be done as established not only by the Convention against Torture, but also by the Subcommittee on Prevention against Torture and other international instruments.

Key words: Definitions; Mistreatment; Interpretation; Access to justice

Resumo

O sistema de proteção e prevenção de tortura, tratos cruéis desumanos e degradantes desenvolveu normativa, critérios, diretrizes, definições, etc., ao redor do que se deve entender como esses maus tratos; e, como, os mesmos devem ser interpretados no momento das investigações e sanções aos suspeitos, conforme os diferentes contextos em que existe a privação de liberdade. Alguns destes maus tratos podem ser dentro da investigação policial ou quando estejam custodiados pela polícia, onde se aplicaria o conceito clássico de tortura; e, em outros casos poderiam dar-se em privação de liberdade, cuja interpretação se deveria fazer conforme estabelece não só a Convenção contra a Tortura, mais também, o que determina o Subcomité de Prevenção contra a Tortura e os demais instrumentos internacionais.

Palavras chave: Definições; Maus tratos; Interpretação; Acesso à justiça

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la FLACSO-México. Además de obtener un Diplomado en Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico por la FLACSO-Ecuador. Se ha desempeñado como directora de derechos humanos, género e inclusión del Ministerio de Salud Pública; directora nacional del Mecanismo de prevención de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en la Defensoría del Pueblo; y directora nacional de promoción de derechos humanos y de la naturaleza de la Defensoría del Pueblo. Correo electrónico: cisneor@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida e integridad personal se halla reconocido en diferentes instrumentos internacionales, entre los que se encuentran la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en sus artículos 3 y 5, el Convenio de Ginebra de 1949 del protocolo II, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 en los artículos 6 y 7, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1968 en los artículos 4 y 5. Además, se consagra la prohibición de la tortura y otros malos tratos como una forma de proteger la integridad personal (Ojeda 2018). En ese sentido, los conceptos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes han evolucionado, no solo con las definiciones contenidas en la Convención contra la Tortura, Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1987) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987), sino también a partir de la creación de los órganos e

instrumentos, como el Comité contra la Tortura y el Subcomité de Prevención contra la Tortura; así como con las relatorías especiales, los mecanismos nacionales de prevención contra la tortura y la legislación interna de cada Estado miembro. Es a partir de estas definiciones y mandatos de los instrumentos internacionales que se configura la tipificación de la tortura y malos tratos en los diferentes cuerpos normativos nacionales y, como consecuencia, el acceso a la justicia, el proceso que se da a los casos y la impunidad que pueda existir alrededor del tema.

En el presente artículo se pretende presentar la evolución de los conceptos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y cómo estas definiciones y su correcta aplicación pueden aportar a que los sistemas de justicia puedan juzgar los malos tratos conforme lo determinan los instrumentos internacionales.

DEFINICIONES

La Convención contra la Tortura, Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1987), en su Art. 1, establece los elementos esenciales para que se configure la tortura. Entre estos se encuentra:

1. Que exista intencionalidad del acto: que se tenga la voluntad de realizar un acto u omisión;
2. Que provoque a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales: que la persona como consecuencia de ese acto realizado con intencionalidad tenga algún tipo de sufrimiento grave, ya sea a nivel físico o psicológico;
3. Que tenga como finalidad o propósito:
 - obtener de esa persona, o de un tercero, información o una confesión;
 - castigar a esa persona por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido;

- intimidar o coaccionar;
 - cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación;
4. Que sea realizado por un funcionario público, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia (aprobación): una persona que ejerza funciones dentro de un Estado, que sepa del hecho o lo haya autorizado.
 5. No se considera tortura si estos dolores son consecuencia de sanciones legítimas: éstas pueden ser, por ejemplo, sentenciar a una persona a cadena perpetua conforme lo establece la legislación.

Esta definición contempla, además, la posibilidad de que, si existe otra legislación nacional o internacional que tenga mayor alcance o amplíe esta definición, podrá ser utilizada como fuente principal¹.

¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Ginebra: Asamblea General de la ONU, 1987), art. 1.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987) contempla la siguiente definición en el artículo 2, que ya constaba en la Convención contra la Tortura: que exista intencionalidad, graves dolores o sufrimientos, que exista una finalidad. En este caso amplía a cualquier otro fin y no es una lista taxativa como lo hace la Convención. Además, incluye la anulación de la personalidad o capacidad de la o las víctimas de tortura.

Desde otra perspectiva, el Subcomité de Prevención contra la Tortura, como parte de los organismos de vigilancia, control y prevención de la tortura y otros malos tratos, amplía y moderniza la definición utilizada por las dos convenciones y el Relator Especial, sobre todo porque contextualiza la definición dentro del ámbito de la privación de libertad y establece en el informe SPT (2015) sobre su visita de asesoramiento al Mecanismo Nacional de Prevención de Ecuador realizada en septiembre de 2014, que:

La descripción de situaciones que, si bien en apariencia o tomadas de manera aislada, no necesariamente podrían calificarse como de tortura o malos tratos, analizadas en su conjunto y en una perspectiva de duración en el tiempo, podrían perfectamente considerarse como tales. A este respecto, el SPT recuerda que no existe a nivel internacional una lista de conductas consideradas como tortura o malos tratos. Tales conductas son tan variadas y dependen tanto del contexto en que tienen lugar y la situación de vulnerabilidad de las personas que las sufren, que resulta imposible describirlas dentro de categorías más o menos rígidas con pretensiones de exhaustividad (Subcomité de Prevención de la Tortura 2015, 13).

Para entenderlo de mejor manera, si al momento de revisar las condiciones en las que están las personas privadas de libertad, se encuentran distintas situaciones que, sumadas o en su conjunto, puedan significar graves dolores o sufrimientos, podría determinarse como tortura o malos tratos, así no cumpla con los requisitos establecidos por la Convención contra la Tortura. Por ej., si una persona privada de libertad no cuenta con alimentación con calidad y cantidad adecuada, en situación de hacinamiento y sobrepoblación,

no tiene acceso a un régimen de actividades, etc.; y, si estas situaciones provocan dolores o sufrimientos a las personas, entonces podrían estar bajo un régimen de tortura y otros malos tratos.

Adicionalmente, el Subcomité establece que la determinación de si una persona ha sido víctima de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, dependerá del análisis y el contexto en la que se encuentre la persona privada de libertad, de modo que es imposible establecer una lista taxativa de malos tratos (Defensoría del Pueblo de Ecuador 2016, 29).

Esta última definición tiene especial importancia; pues se debería considerar, para determinar los posibles casos de tortura y malos tratos al interior de los centros de privación de libertad o centros penitenciarios, no como una condición sistemática y generalizada, tal y como lo determinan las Convenciones o el Relator, pero sí como una característica, factor de riesgo e inclusive un hecho que influya en que las personas privadas de libertad sufran tortura y malos tratos.

Además de las definiciones de carácter internacional, existe la propia definición ecuatoriana, conforme a la tipificación del delito de tortura, que se encuentra en el art. 151 del Código Integral Penal y que determina: la persona que, inflija u ordene infligir a otra persona grave dolor o sufrimiento, ya sea de naturaleza física o psíquica, o la someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aun cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico; con cualquier finalidad en ambos supuestos, será sancionada con pena privativa de libertad de 7 a 10 años.

Quien incurra en alguna de las siguientes circunstancias será sancionada con pena privativa de libertad de 10 a 13 años:

1. Aproveche su conocimiento técnico para aumentar el dolor de la víctima.
2. La cometa una persona que es funcionaria o servidora pública u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, por instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

3. Se cometa con la intención de modificar la identidad de género u orientación sexual.
4. Se cometa en persona con discapacidad, menor de 18 años, mayor de 65 años o mujer embarazada.

La o el servidor público que tenga competencia para evitar la comisión de la infracción de tortura y omita hacerlo, será sancionado con pena privativa de libertad de 5 a 7 años².

A pesar de lo anterior, el Comité contra la Tortura, en su último informe al Ecuador identifica que el artículo 151 del Código Orgánico Integral Penal no se halla en total armonía con el artículo 1 de la Convención, pues falta identificar al sujeto activo del delito y las razones que motivan que se recurra a la tortura, de no hacerlo se podría caer en la impunidad, ya que esta tipificación no contiene los mínimos para favorecer el propósito de la Convención (Comité contra la tortura, 2017).

Una vez expuesta la definición de tortura, en un primer momento, es importante también verificar las distinciones entre tortura, tratos crueles, tratos inhumanos y tratos degradantes, con el propósito de identificar específicamente aquellos tratos que serán abordados en este artículo.

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura y otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes, Manfred Nowak, en su informe especial de 2010 establece distinciones entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Para el Relator Especial, *los malos tratos* pasan a ser el paraguas que abarca tanto a la tortura como a los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y realiza la distinción entre la tortura y los tratos crueles o inhumanos, así como entre ella y los tratos degradantes, conforme a la siguiente división:

- Los malos tratos abarcan a la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, de manera análoga son el paraguas.

- En la tortura, la persona se encuentra reducida bajo el poder de otra persona, existe propósito o intención.
- Tanto en la tortura como en los tratos crueles e inhumanos existen dolores o padecimientos graves.
- En los tratos crueles e inhumanos y en los tratos degradantes, no existe un propósito o intención y se encuentra al margen de que la persona o víctima esté bajo el poder de otra persona o autoridad.
- En los tratos degradantes, existe humillación, sin necesidad de dolores o padecimientos graves. (Defensoría del Pueblo de Ecuador 2016, 27)

Existen otras definiciones acerca de qué son los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por ej. el Comité Internacional de la Cruz Roja-CICR, al igual que el Relator Especial, utiliza el genérico de “malos tratos” para abarcar a la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La *tortura* consiste en el hecho de infligir sufrimiento o dolor grave con un propósito concreto y en forma intencional.

Los *tratos crueles o inhumanos* no tienen un propósito concreto y se infligen a un nivel considerable de sufrimiento o de dolor. Finalmente, los *ultrajes a la dignidad personal* (tratos degradantes), no tienen un propósito concreto y se infligen a un nivel considerable de humillación o de degradación.

Los métodos utilizados para infligir malos tratos pueden ser tanto físicos como psicológicos, y pueden causar efectos en el mismo nivel (Comité de la Cruz Roja Internacional).

Estas definiciones y conceptos han cambiado, de manera general, conforme ha ido evolucionando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y, de manera específica, según las diferentes circunstancias en las que se puede dar la tortura y malos tratos: en períodos de guerra, en dictaduras o, como en el caso que nos compete, en situaciones de privación de libertad.

² Código Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), art. 151.

CONTEXTO Y ESTUDIO DE CASO DE PRÁCTICO

Para entender de mejor manera las definiciones y cuál debe ser su aplicabilidad al momento de investigar y sancionar a los presuntos responsables en casos relacionados con tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, se hará un análisis a partir del caso del Centro de Rehabilitación Social Regional de Turi.

En mayo de 2016, un grupo de fuerzas especiales de la Policía Nacional conocido como “UMO”, ingresó al Centro de Privación de Libertad Regional Sierra Centro Sur-Turi, con la finalidad de realizar una requisita: el escenario fue el pabellón de mediana seguridad. De la evidencia recogida a través de testimonios de personas privadas de libertad, abogados representantes de las víctimas, videos de seguridad y versiones del personal del ex Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, la requisita no respetó ni los instrumentos nacionales ni los internacionales que prohíben la tortura y otros malos tratos, así como los procedimientos establecidos para el efecto, de manera que las personas privadas de libertad se vieron sometidas a malos tratos, como: golpes, pisotones, se les hizo desnudar o recostarse sobre el suelo, entre otros actos vejatorios; y, así, se determinó, por parte de la Defensoría Pública (entidad que presentó un *hábeas corpus para el presente caso*), una posible tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Si se hace un estudio y se contextualiza a este Centro antes de los hechos acontecidos en mayo de 2016, se puede identificar que Turi forma parte del nuevo Modelo de Gestión Penitenciaria que emprendió el Estado ecuatoriano a partir del año 2013, dentro del cual incluía la construcción de tres Centros Regionales en las ciudades de Latacunga, Guayaquil y Cuenca. Este Modelo de Gestión contiene un cambio en la forma en la que se ponía en práctica la rehabilitación social del país, bajo el concepto de igualdad de derechos y acceso a servicios para todas las personas privadas de libertad.

Así, se incluyeron los siguientes componentes para el nuevo Modelo, que el Mecanismo de Prevención de la

Tortura de Ecuador ha agrupado conforme el siguiente detalle:

- Mejora en las condiciones de infraestructura para reducir la sobre población y hacinamiento.
- Condiciones materiales que incluyen: la provisión de la alimentación, entrega de uniformes y kits de limpieza.
- Régimen de actividades, que tiene que ver con el sistema que está contemplado por el eje laboral, educativo, cultural y deportivo
- Vinculación familiar y social
- Acceso al derecho a la salud física y mental
- Medidas de protección, relacionadas con el debido proceso, así como la información y el procedimiento de quejas que deben tener las personas privadas de libertad.
- Trato que incluye, de manera específica, lo relacionado con tortura y malos tratos.

Con esos antecedentes y los elementos levantados en todas las visitas realizadas por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de la Defensoría del Pueblo de Ecuador, el Centro de Turi inició sus labores como un lugar que contenía las condiciones adecuadas conforme al Modelo de Gestión Penitenciaria y los estándares internacionales de derechos humanos para personas privadas de libertad. Era considerado el centro que mejor funcionaba en relación a los de Latacunga y Guayaquil.

A medida se realizaron nuevas visitas a este centro, se verificó que sus condiciones empezaron a deteriorarse: se detectó hacinamiento, mala alimentación, falta de acceso a agua potable, casos de extorsión, poco acceso al régimen de actividades, uso de celdas para aislamiento, etc.; dichas situaciones incluso empeoraron luego de la requisita de mayo de 2016.

Toda esta información se puede encontrar en los informes de las visitas realizadas por el Mecanismo a partir del año 2014, que son públicos.

INVESTIGACIÓN DE TORTURA Y MALOS TRATOS DESDE DOS ARISTAS

Tortura y malos tratos conforme la Convención contra la Tortura y el Código Orgánico Integral Penal

Una vez que se tuvo conocimiento de los hechos de posible tortura, la Defensoría Pública (entidad diferente a la Defensoría del Pueblo de Ecuador), apoyada por organizaciones de la sociedad civil, solicitó un *hábeas corpus* e inició el proceso de investigación bajo la figura de tortura, que sería cambiado luego por extralimitación de funciones, debido a que el fiscal a cargo de la investigación alegó que, de acuerdo al peritaje realizado a las personas privadas de libertad, estas no tenían una incapacidad que superaba los 3 días. En la legislación penal ecuatoriana, para que un acto produzca lesión, y por tanto poder determinar una posible tortura, debe crear una incapacidad, daño o enfermedad mayor de 3 días; sin considerar las graves afectaciones psicológicas que pueda ocasionar en las víctimas y que son reconocidas por los instrumentos internacionales y el Código Integral Penal.

Conforme a estas estipulaciones, la Fiscalía Provincial del Azuay, debió examinar que no solo basta con determinar la existencia de lesiones o no para configurar el delito de tortura; sino más bien, se debe considerar la definición clásica de la Convención e incluso la del Código Integral Penal. En ese sentido, se debió verificar que hubo la intencionalidad o fin de causar graves dolores o sufrimientos, pues las personas privadas de libertad fueron víctimas de una serie de malos tratos que no correspondían a un proceso de requisa regular. El hecho fue perpetrado por parte de agentes estatales, con conocimiento técnico de las acciones que realizaban; quienes, además, manejaron una relación de poder y sometimiento

Tortura y malos tratos, conforme el Subcomité de Prevención contra la Tortura

De acuerdo a lo establecido por el Subcomité de Prevención contra la Tortura y según los hallazgos

realizados por el Mecanismo, en el interior del Centro de Privación de Libertad Regional Sierra Centro Sur-Turi, podrían existir elementos suficientes que constituyan tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En ese sentido, y tal como se mencionó en el apartado de definiciones, no es necesario tener una intencionalidad o finalidad para que cierto acto sea tipificado como tortura, pues tal y como se describe, ni el Modelo de Gestión Penitenciaria ni sus autoridades, tienen el propósito de provocar graves dolores o sufrimientos, pero la suma de malas condiciones al interior del centro (que sí son responsabilidad del Estado, pues están bajo su custodia y control), provocan en las personas privadas de libertad el padecimiento de graves dolores o sufrimientos, los que son suficientes para determinar una posible tortura y malos tratos (Ojeda 2018, 26).

Finalmente, veamos qué establece el Subcomité que para determinar si una persona ha sido víctima de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, dependerá del análisis y el contexto en la que se encuentre la persona privada de libertad, de forma que es imposible establecer una lista taxativa de malos tratos, es decir, no se debe delimitar a un solo concepto la calificación de qué es tortura.

En consecuencia, para evitar que se deterioren aún más las condiciones al interior del centro, se debieron iniciar las debidas investigaciones al interior de este centro, ya sea por la misma Defensoría del Pueblo o de oficio por parte de las autoridades judiciales, no necesariamente como tortura, pero si como tratos crueles, inhumanos o degradantes, de manera que se determinen los malos tratos existentes al interior, por un lado; y, que sirva como una medida preventiva y de protección para evitar la requisa cometida en mayo de 2016, la cual sí corresponde a un delito de tortura.

CONSIDERACIONES FINALES

Conforme el presente caso, la lógica para aplicar las definiciones al momento de juzgar los hechos, no consistiría solo en utilizar la Convención contra la Tortura o el Código Integral Penal, es decir, verificar que existió grave dolor o sufrimiento (a pesar que el mismo no generó incapacidad, pues el mismo puede ser también considerado a nivel psicológico); ni solo en la mera intencionalidad de cometer el acto, encontrarse bajo el poder o sometimiento de otra persona, etc. También habría que identificar que las condiciones en las que se encontraban las personas privadas de libertad al momento de la requisa realizada por la policía, no eran las adecuadas, tal y como lo mencionó el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en sus informes de visita.

En virtud de esta consideración, a pesar de que no se hubiese logrado demostrar lesiones mayores a tres días, se podría haber determinado que, por las malas condiciones en las que se encontraban las personas privadas de libertad, sumado a una extralimitación de funciones por parte de la policía nacional, el proceso de requisa se consideraría, entonces, como tortura y malos tratos.

El ejemplo nos ayuda a entender que, para los casos y contextos de privación de libertad, se debería considerar los criterios, informes y directrices que emite el Subcomité de Prevención contra la Tortura y los mecanismos nacionales de prevención de la tortura, a

través del principio de interpretación de los derechos, que básicamente determina que se deben integrar e interactuar las normativas y directrices nacionales e internacionales con la finalidad de ampliar el contenido y protección de los derechos, si, además, se toma en cuenta el principio pro-persona y el control de convencionalidad, como un acto exclusivo de los sistemas de justicia.

La idea anterior se desprende del siguiente análisis: la interpretación conforme es construir las normas sobre derechos humanos, a partir de la interpretación conjunta las disposiciones constitucionales e internacionales (Ezquiaga, 2016). Vale decir, dar a las normas de derechos humanos su máxima potencialidad para la protección de estos.

En el presente caso, aunque hasta el momento no hay una resolución del proceso, no se ha emitido sentencia y tampoco se ha cumplido a cabalidad con la reparación ordenada en la acción de *hábeas corpus*, existe un cambio en el tipo penal que se convierte en una clara muestra de que los casos de tortura y malos tratos queden en la impunidad.

A este respecto, se evidencia que, a pesar de que en estos casos cumple todos los requisitos formales para que sean catalogados como tortura, tampoco han sido considerados al momento de iniciar las investigaciones, de forma que nuevamente, existe impunidad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A partir de la creación de la Convención contra la Tortura y todo el sistema de protección y promoción contra la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes que se desarrolla en las últimas décadas, es importante identificar las diferentes definiciones que existen alrededor del tema y cuál sería el ámbito de aplicación al momento de dictar sentencia, de

manera que pueda coadyuvar a quienes operan dores de justicia a emitir sentencias y brindar el acceso a la justicia, de acuerdo a los contextos en los que estas se desarrollen.

Así, si el acto se da en situaciones de privación de libertad, se debería tomar en cuenta no solo el tenor

de las Convenciones y el Código Integral Penal, sino también los pronunciamientos y mandatos que emite el Subcomité de Prevención contra la Tortura. El análisis anterior, además, nos permite ir más allá de los conceptos y tratar de aplicarlos a otros procesos,

como, por ej., en justicia indígena, de modo que lo recomendable es ampliar el espectro de las definiciones y normativa internacional al momento de aplicar e interpretar los posibles casos de tortura y malos tratos.

BIBLIOGRAFÍA

- Comité de la Cruz Roja Internacional. ¿Qué se entiende por Tortura y Malos Tratos? Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/69tjvk.htm>
- Comité Contra la Tortura. 2017. *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Ecuador*. Informe del 11 de enero de 2017.
- Subcomité de Prevención de la Tortura. 2015. *Informe del Subcomité de la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes sobre su visita de asesoramiento al Mecanismo Nacional de Prevención del Ecuador*. Suiza.
- Defensoría del Pueblo de Ecuador. 2016. *Contribuciones de la Defensoría del Pueblo del Ecuador al respecto del cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, los Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes*. Quito: Defensoría del Pueblo de Ecuador.
- _____. 2017. *Soporte Teórico del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Tratos Cruelles, Inhumanos y Degradantes*. Quito: Defensoría del Pueblo de Ecuador.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. 2016. Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos en las constituciones latinoamericanas. *Revista Iberoamericana de Argumentación*.
- Novak, Manfred. 2010. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas inhumanos, crueles o degradantes*. Suiza: Asamblea General de Naciones Unidas.
- Ojeda Rivadeneira, María del Cisne. 2018. *Mecanismos para garantizar la investigación de actos de tortura que se perpetran en contra de personas privadas de libertad*. Tesis de Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-México.

Legislación

Código Integral Penal. 2014. Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. 1987. Ginebra: Asamblea General de las Naciones Unidas.

ENSAYOS

Handwritten signature or stylized text in light gray.

VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD FRENTE A INTERNET. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL DE PROTECCIÓN

VIOLATIONS OF PERSONALITY RIGHTS THROUGH THE INTERNET. THE SPANISH LEGAL PROTECTION FRAMEWORK

VULNERABILIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE FRENTE À INTERNET. ESTRUTURA NORMATIVA ESPANHOLA DA PROTECÇÃO

*Silvia Vilar González**

Recibido: 08/10/2018

Aprobado: 08/12/2018

Resumen

Este artículo analiza el sistema legal español de protección frente a los abusos e interferencias arbitrarias que se pueden producir en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, así como en materia de protección de datos personales, ante las nuevas posibilidades que ofrece Internet. Las nuevas tecnologías, como veremos, hacen más difícil identificar al autor o autores de los delitos, así como la determinación del lugar en que se ha producido el daño. Estudiaremos también las posibles reclamaciones de responsabilidad ante daños morales o patrimoniales, ya sean del orden civil, penal o administrativo, que se podrán imputar a los infractores. Finalmente, terminaremos nuestro estudio con las conclusiones alcanzadas.

Palabras clave: Derechos de la personalidad; Derecho al honor; Intimidad personal y familiar; Derecho a la propia imagen; Nuevas tecnologías; Derecho a la libertad de expresión e información

Summary

This article analyzes the Spanish legal system of protection against the abuses and arbitrary interferences that can occur in the human right to personal privacy, which includes the right to honor, personal and family privacy, and to one's own image, before new possibilities offered by internet. The new technologies, as we will see, make it more difficult to identify the author or authors of these crimes, as well as the determination of the place where the damage

occurred. We will also study possible claims -whether civil, criminal or administrative- for moral or property damage, which may be charged to offenders. Finally, we will finish our study with the conclusions exhibit.

Key words: Rights of personality; Right to honor; Personal and family privacy; Right to one's own image; New technologies; Right to freedom of expression and information

Resumo

Este artigo analisa o sistema legal espanhol de proteção frente aos abusos e interferências arbitrárias que podem existir no direito humano a intimidade pessoal, que inclui o direito a honra, a intimidade pessoal e familiar, e a própria imagem, diante das novas possibilidades que oferece a internet. As novas tecnologias, como veremos, torna mais difícil identificar o autor ou autores dos delitos, assim como a determinação do lugar em que se produziu o dano. Estudaremos também, as possíveis reclamações de responsabilidade por danos morais ou patrimoniais, sejam de natureza civil, penal ou administrativa, que se poderão atribuir aos infratores. Finalmente, terminaremos nosso estudo com as conclusões adotadas.

Palavras chave: Direitos de personalidade; Direito a honra; Intimidade pessoal e familiar; Direito a própria imagem; Novas tecnologias; Direito a liberdade de expressão e informação

* Doctora internacional en Derecho por la Universidad Jaume I de Castellón de la Plana (España).

INTRODUCCIÓN

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho humano fundamental de toda persona a no recibir “injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”, así como el derecho que tienen todos ellos a la protección legal contra las referidas injerencias o ataques no consentidos.

La irrupción de internet en nuestra vida cotidiana, junto con el vertiginoso desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), ha supuesto un “desdoblamiento” del individuo en una materialidad física, por una parte, y en una presencia “virtual” en las redes, por otra, esta última susceptible de convertirse en centro de atribución o imputación de efectos jurídicos (Chinchilla Sandí 2005, 5).

El espectacular avance en lo concerniente a las nuevas tecnologías, ha abierto el camino a novedosas formas de ataque contra los derechos de la personalidad y contra los intereses sociales no prevenidos con anterioridad, injerencias no consentidas cada vez más difíciles de neutralizar y de perseguir, dadas las características de los actuales medios tecnológicos (Megías Quirós 2002, 515).

En las distintas plataformas que ofrece Internet, tanto páginas estáticas con las que no se puede interactuar, como canales multidireccionales abiertos que permiten la participación, especialmente, las conocidas como “redes sociales”, cualquier persona puede

colaborar y/o compartir contenidos (Parra Membrilla 2017, 10), lo que puede suponer un uso indebido de las mismas y dañar los derechos de la personalidad, tanto de los propios usuarios como de terceros.

Todo ello, puede conllevar no solo múltiples beneficios y mejoras en la calidad de vida, sino también potenciales problemas de índole jurídica que los poderes públicos deben tratar de evitar mediante la adopción de la normativa jurídica que sea más adecuada.

En este contexto, en el que es necesario proteger la parte privada de la vida de las personas, para que puedan desarrollar la personalidad y formar su propia identidad de modo adecuado, analizaremos el marco normativo español en materia de protección de los derechos de la personalidad, incluida la relativa a datos de carácter personal, frente a las injerencias ilegítimas que se pudieran producir en los mismos a través de Internet, así como la problemática que estas nuevas prácticas llevan asociada, en especial, en cuanto a la determinación del lugar del daño se refiere.

También mencionaremos las medidas provisionales o cautelares que se podrán solicitar para atajar temporalmente la producción de daños mayores hasta el momento en que se cuente con una resolución judicial definitiva sobre el fondo del asunto, así como las distintas responsabilidades que se pueden derivar a favor de las personas que hubieran visto dañados sus derechos de la personalidad, para terminar con las conclusiones alcanzadas a partir de nuestro estudio.

NORMATIVA ESPAÑOLA

El artículo 18.1 de la Constitución española configura los derechos de la personalidad, que vienen integrados por el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como derechos fundamentales que se apoyan en la dignidad de

la persona, reconocida en el artículo 10.1 del mismo cuerpo legal.

Para la delimitación del ámbito de protección civil de estos derechos, se aprobó en España la Ley orgánica

1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que les otorga la consideración de irrenunciables, inalienables e imprescriptibles y establece un cauce legal para su defensa frente a cualquier género de intromisión ilegítima, concretando los criterios oportunos para la determinación de la responsabilidad civil que se pudiera derivar en caso de delito.

Estos derechos también gozan del rango de derechos humanos fundamentales, con respaldo en normativa internacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 12), la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 17.1), la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 16) o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (art. 22), todos los cuales reconocen el derecho de las personas a no sufrir interferencias arbitrarias en su vida privada, familiar, el domicilio o correspondencia, ni tampoco ataques contra su honra o reputación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español considera que el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen son tres derechos autónomos, con sustantividad propia, pertenecientes a la esfera personal y privada de todos los individuos, no suponiendo la vulneración de uno de ellos, en principio, la de los restantes¹. El marco normativo español en materia de protección de datos se apoyaba en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, complementada por su Reglamento de desarrollo de 21 de diciembre de 2007². Sin embargo, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018,

de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPD), la Ley Orgánica 15/1999 ha quedado derogada y revisado su contenido con la finalidad de adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento comunitario general de protección de datos³ y completar sus disposiciones en base al mismo. Esta normativa es especialmente importante frente al avance de mecanismos de captación, tratamiento y difusión de este tipo de información especialmente sensible, a cuyos efectos el Tribunal Constitucional español ha establecido que “un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta”⁴.

En otro orden de consideraciones, es importante tener en cuenta que los derechos fundamentales de la personalidad pueden verse limitados por el derecho a la libertad de expresión e información, reconocidos tanto en el artículo 20.1 de la Constitución española, como en todos los instrumentos internacionales anteriormente citados⁵. Cuando unos y otros derechos entran en colisión, los órganos jurisdiccionales deberán llevar a cabo técnicas de ponderación que permitan determinar cuál de los dos prevalece sobre el otro, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso.

Como regla general, tanto la jurisprudencia española⁶ como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷,

1 STC 81/2001, de 26 de marzo. Sala Segunda. Recurso de amparo 922/98. O STC 156/2001, de 2 de julio. Sala Segunda. Recurso de amparo 4641/98.
 2 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
 3 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
 4 STC 143/1994, de 9 de mayo. Sala Primera. Recurso de amparo 3192/1992. En el mismo sentido, véase la STC 94/1998, de 9 de junio. Sala Segunda. Recurso de amparo 840/1995.
 5 Art. 19 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 10 Convención Europea de Derechos Humanos; art. 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13 Convención sobre los Derechos del Niño; o art. 21 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
 6 STC 11/2000, de 17 de enero. Sala Primera. Recurso de amparo 3450/1997; STC 42/1995, de 13 de febrero. Sala Segunda. Recurso de amparo 761/1993; o STS 170/2009, de 11 de marzo, Sala de lo Civil, rec. 1457/2006, entre muchas otras.
 7 Como, por ejemplo, en la STEDH de 8 julio de 1999, caso *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*; la STEDH de 7 diciembre de 1976, caso *Handyside v. The United Kingdom*; la STEDH de 23 septiembre 2014, caso *Vajnai v. Hungary*; o la STEDH de 7 de junio de 2012, caso *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italia*.

otorgan posición prevalente al derecho a la libertad de información frente a los derechos de la personalidad, por considerar al primero fundamental “como garantía de una opinión pública libre, la que a su vez es indispensable para el pluralismo político que exige un Estado social y democrático de derecho”⁸. No obstante, dicha preferencia no se debe entender como absoluta. Así, el Tribunal Constitucional ha modulado su alcance y negado su jerarquía frente a los derechos de la personalidad en determinados supuestos, como pueden ser: un uso incorrecto de las libertades informativas, si no se observa la diligencia debida o se lleva a cabo el más mínimo trabajo de contraste para comprobar si nos encontramos ante una noticia veraz⁹, si la intromisión de los derechos fundamentales de terceros no resultase adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información¹⁰ o, incluso, si resultase

injustificada la información por carencia de interés público¹¹. Sobre este asunto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 21 de febrero de 2017¹², recordó que determinados acontecimientos de la vida privada y familiar de las personas, son objeto de una protección especialmente atenta y deben llevar a dar muestras de prudencia y precaución en su tratamiento, por lo que la propagación de rumores no comprobados, la difusión de pruebas no verificadas o efectuar comentarios sin control ni limitación sobre cualquier aspecto relativo a la vida de los demás, no deben considerarse anodinos.

Todo este debate, se torna en mucho más complejo cuando sobreviene la disociación geográfica de los elementos del acto ilícito que surge al intentar aplicar normas territoriales a la realidad global que plantea Internet (Uriondo de Martinoli 2012, 155).

DETERMINACIÓN DEL LUGAR DEL DAÑO EN LAS VULNERACIONES A TRAVÉS DE INTERNET

El ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y publicación de información en las redes y a través de medios informáticos, puede contribuir a que este nuevo medio de comunicación sirva para cometer hechos ilícitos o incluso delictivos relacionados con los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Dichas vulneraciones, en ocasiones, podrán llevar aparejados un autor y una víctima únicos y conocidos, ubicados en un único país. Así, si la comisión de los hechos despliega sus efectos tan solo en territorio español y deseamos proceder por la vía penal, se deberá atender a los criterios que resultan de la Ley Orgánica

española 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece con respecto a la concreción de la extensión de la jurisdicción española en dicho orden punitivo (Esteban de la Rosa 2013, 382).

Es necesario tener en cuenta, en primer lugar, el principio de territorialidad que resulta del artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en base al cual, los Jueces y Tribunales españoles podrán entrar a conocer cualquier causa o juicio por delitos y faltas que se hubiera cometido en nuestro territorio nacional o a bordo de buques o aeronaves con pabellón español, sin perjuicio de lo que pudiera resultar de los tratados o convenios internacionales en los que España sea

8 STS 938/2009, de 11 de marzo, cit.

9 Véase, entre otras, la STC 1/2005, de 17 de enero. Sala Primera. Recursos de amparo 4310/99 y 4342/99; o la STS 113/2017, de 21 de febrero, Sala de lo Civil, rec. 2433/2015.

10 STC 12/2012, de 30 de enero. Sala Primera. Recursos de amparo 4821/2009 y 4829/2009, que considera que “allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa invasora de la intimidad”.

11 STC 7/2014, de 27 de enero. Sala Primera. Recursos de amparo 3082/2012 y 3517/2012.

12 STEDH de 21 de febrero de 2017, caso *Rubio Dosamantes v. España*.

parte. Conforme a este principio, los órganos jurisdiccionales españoles cuentan con competencia para aplicar la legislación penal española a todos los delitos cometidos dentro de nuestro territorio nacional, independientemente de la nacionalidad de los autores o de sus posibles víctimas.

Y, en segundo lugar, también será de aplicación el principio de personalidad o de nacionalidad del artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que también será competente la jurisdicción española para conocer de aquéllos delitos cometidos fuera de nuestro territorio nacional, pero siempre y cuando los criminalmente responsables fueran ciudadanos españoles, o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española posteriormente a la comisión del hecho y concurrieran, además, las siguientes circunstancias: “a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”. No obstante, el principio de territorialidad deberá prevalecer jerárquicamente frente al de personalidad, en atención a la aplicación espacial/personal de las leyes penales¹³.

Pese a lo expuesto, la experiencia pone de manifiesto que la instrucción de este tipo de causas suele iniciarse con autor desconocido, puesto que es habitual que quienes lleven a cabo estas conductas traten de evitar ser descubiertos y eliminar indicios para obstruir conscientemente la labor investigativa. Así, su

dinámica comisiva se sustenta frecuentemente en el empleo de ordenadores con acceso a Internet ubicados en distintos territorios, dispositivos que re-direccionan a servidores alojados en países extranjeros¹⁴ o, incluso, en la existencia de medios técnicos de ejecución “anonimizadores”, como redes VPN, *peer to peer*, servidores de correo gratuito, *proxy scripts*, o páginas web, foros o blogs anónimos, entre otros, que hacen muy difícil identificar al autor del delito, así como la posibilidad de que los hechos se cometan desde un punto geográfico distinto a aquél en el que se manifiesta el resultado. Todo ello, conlleva una complejidad añadida a la hora de tratar de determinar el lugar en que se ha cometido el hecho dañoso, que permita concretar el órgano jurisdiccional competente para llevar a cabo la investigación, instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos de esta clase.

Si el autor fuera desconocido, bastará con averiguar la dirección IP¹⁵ del responsable de la infracción para tener por interrumpida la prescripción¹⁶, puesto que a dicha IP se le atribuye la consideración de dato personal del usuario que permite una identificación indirecta del mismo.

Una vez obtenida la IP, será necesario contar con una autorización judicial que permita continuar con las subsiguientes actuaciones a través de los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones, con la finalidad de llegar a identificar y localizar al titular que la tenga asignada.

En ciertos tipos de delitos considerados “a distancia”¹⁷, la cuestión de la competencia se resuelve, inicialmente, por el criterio general del *forum delicti commissi* del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que, serán los órganos jurisdiccionales del lugar en que se hubiera cometido la conducta o comportamiento castigado por la Ley, los facultados para

13 Véase (Blanco Lozano 2001).

14 Especialmente, algunos países del Este de Europa y Asia que carecen de legislación y de control en el campo de la informática, lo que los convierte en verdaderos “paraísos informáticos”.

15 Una dirección IP -acrónimo de *Internet Protocol*- es un número único e irrepetible que identifica una interfaz en red de un dispositivo (ordenador, Smartphone, tablet), que corresponde al nivel de red del modelo TCP/IP.

16 STS 167/2016, de 2 de marzo, Sala de lo Penal, rec. 881/2015.

17 El Tribunal Supremo define los delitos a distancia como aquéllos “en que la actividad delictiva se desarrolla en un lugar y los efectos o resultados en otro distinto”. ATS de 3 de julio de 2015, Sala de lo Penal, rec. 20141/2015.

practicar la instrucción de dichas causas. Pero el dinamismo y complejidad de los delitos tecnológicos cometidos a través de Internet, en los que suele concurrir el fenómeno de la transnacionalidad, unido a la falta de armonización de las legislaciones internacionales que permita obtener una sanción uniforme para los mismos hechos cometidos en distintos países, tornan a esta respuesta en insuficiente.

Con la finalidad de evitar demoras y dilaciones innecesarias en la tramitación de las distintas causas y ante la proliferación de cuestionamientos en materia de competencia objetiva, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante acuerdo de pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005¹⁸, consagró la aplicación del principio de la ubicuidad, como criterio general, a la hora de atribuir la competencia en estos supuestos, considerando cometido el delito en todas las jurisdicciones en las que se hubiera realizado algún elemento del tipo, es decir, tanto en el lugar en que se hubiera llevado a cabo la acción, como donde se produjeran sus efectos, sin prevalecer ninguno de ellos frente al otro, siendo necesario atender a la condición, naturaleza y presupuestos de las infracciones criminales a que es de aplicación. Por tanto, el juez de cualquiera de estos lugares que, cronológicamente, hubiera iniciado las actuaciones procesales, será competente, en principio, para continuar con la instrucción de la causa¹⁹.

En materia internacional y ante la presencia de elemento extranjero, los criterios de atribución de la competencia judicial son los que resultan del Reglamento comunitario Bruselas I bis²⁰, que los articula en torno a tres tipos de fueros jerarquizados, con la finalidad de que un posible litigio sea conocido por un único tribunal del territorio comunitario. En primer lugar, rige el criterio del domicilio del demandado (art. 4.1), en base al cual se podrá interponer la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que éste se halle domiciliado, independientemente

de cuál sea su nacionalidad. En segundo lugar, se contemplan fueros especiales que rigen por razón de la materia, entre los que se encuentra el que determina que cualquier persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro distinto “en materia delictual o cuasidelictual ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” (art. 7.2). Y, en tercer y último lugar, el artículo 24 del repetido Reglamento regula los fueros exclusivos, que gozan de naturaleza imperativa, y que atienden a la especial vinculación existente entre un determinado tipo de litigio y un concreto país.

Tal y como reza el considerando 16 del Reglamento Bruselas I bis, es necesario completar el foro del domicilio del demandado con otros foros alternativos, como consecuencia de la estrecha conexión que pudiera existir entre el órgano jurisdiccional y el litigio de que se trate, o bien para facilitar una buena administración de justicia. Esto se convierte en especialmente relevante si existiera una estrecha conexión que deba garantizar la seguridad jurídica y para evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente, aspecto que reviste particular importancia en relación con los litigios relacionados con obligaciones no contractuales derivadas de vulneraciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación.

El juez siempre deberá verificar la existencia de una conexión razonable, suficientemente flexible, pretende evitar “la aplicación de foros exorbitantes o situaciones de *fórum shopping*” (Ribó López 2015, 97), que podrían darse en supuestos como el “turismo de difamación”, que viene provocado por la diversidad de normas de conflicto de leyes existentes en los distintos países de la Unión Europea (Gimeno Ruiz 2014, 238),

18 Véase “Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Años 2000-2016”. Actualización abril 2016. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal.

19 Jurisprudencia desarrollada, entre otras, por la STS 341/2005, de 17 de marzo, Sala de lo Penal, rec. 2347/2003. El ATS de 22 de septiembre de 2011, Sala de lo Penal, rec. 20291/2011. O el ATS de 12 de enero de 2012, Sala de lo Penal, rec. 20591/2011.

20 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

y que podría llevar a que el afectado interpusiera la demanda en ante los órganos jurisdiccionales del territorio en que estuviera prevista una indemnización mayor ante el ilícito de que se trate.

La delimitación de estos foros, dirigida a que un posible asunto judicial transfronterizo sea conocido por un único tribunal del territorio comunitario, suponen una especial importancia a la hora de tratar de reducir costes en la litigación internacional, salvaguardando con ello el derecho a la tutela judicial efectiva que resulta, tanto del artículo 24 de la Constitución española, como del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Lorente Martínez 2012, 278-279).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha venido aplicando el principio de la ubicuidad desde el 1976²¹ en lo que concierne a la determinación del alcance de la competencia judicial internacional, considerando que en los supuestos de responsabilidad “plurilocalizados”, debe tenerse como lugar en el

que se ha producido el hecho dañoso, tanto a aquel en el que se hubiera producido la acción que origine el daño, como a aquella otra ubicación en la que se hubiera manifestado el resultado del mismo²².

En dicho sentido, mencionaremos la sentencia de 25 de octubre de 2011, en los asuntos acumulados *eDate Advertising* (C-509/09) y *Martínez* (C-161/10)²³, ambos referidos a conductas atentatorias contra derechos de la personalidad llevadas a cabo a través de páginas web (Orejudo Prieto de los Mozos 2013, 19), sentencia que supone una notable evolución en la interpretación del fuero en materia extracontractual con respecto a las vulneraciones de derechos de la personalidad a través de Internet²⁴, ya que facilita que las víctimas puedan ejercitar acciones relativas al conjunto de los daños derivados de la difusión de información en todo el mundo, ante los tribunales donde se localice su centro de intereses, así como con respecto al conjunto del daño derivado de la difusión de información difamatoria a través de Internet.

MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES

Tanto en los procedimientos que versen sobre lesiones a los derechos de la personalidad derivados de la publicación en medios de comunicación en general, como en los relacionados con la publicación o difusión de contenidos en la red, se ha extendido el recurso a la adopción de medidas cautelares o provisionales, que permiten al titular del derecho lesionado defender sus propios intereses de forma cautelar, antes de contar con la resolución judicial sobre el fondo del asunto, con la finalidad de evitar daños que pueden llegar a ser irreparables (Cordero Álvarez 2015, 185).

Tal y como dispuso el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de 26 de marzo de 1992, en el asunto C-261/90, este tipo de medidas “están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al juez que conoce del fondo del asunto”²⁵.

El artículo 35 del Reglamento Bruselas I-bis, permite solicitar las medidas provisionales o cautelares que estuvieran previstas en la legislación vigente de un

21 Con la STJCE de 30 de noviembre de 1976, asunto 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*. Véase también, entre otras, la STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/93, *Fiona Shevill*, que fija la “teoría del mosaico”, la cual persigue reforzar la regla general del domicilio del demandado; o la STJCE de 16 de julio de 2009, asunto C-189/08, *Zuid-Chemie BV*.

22 (Miguel Asensio, El lugar del daño como fundamento de la competencia internacional en los litigios sobre derechos de autor 2015, 516).

23 STJUE, Gran Sala, de 25 de octubre de 2011, en los asuntos acumulados *eDate Advertising* (C-509/09) y *Martínez* (C-161/10).

24 Véase Miguel Asensio (Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en internet, 2012).

25 STJCE de 26 de marzo de 1992, asunto C-261/90, *Reichert y Kockler*.

determinado Estado miembro, ante los órganos jurisdiccionales de su propio territorio, aunque sea el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro el competente para conocer del fondo del asunto.

Sin embargo, deberán tenerse en cuenta dos tipos limitaciones en la aplicación de este tipo de medidas: por un parte, limitaciones de carácter temporal, que llevan a que solo serán aplicables hasta el momento de resolución del procedimiento principal de fondo pendiente; y, por otra parte, limitaciones de tipo territorial, en base a las cuales serán de aplicación exclusivamente en el Estado del órgano jurisdiccional que las pudiera haber adoptado (Cordero Álvarez 2015, 196).

Por lo que respecta a las medidas concretas que podrían ser de aplicación en España, dirigidas a poner fin a la intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el artículo 9.2 de la Ley orgánica 1/1982 contiene una cláusula abierta que permite la adopción de todas aquellas que pudieran considerarse necesarias y, en particular, las siguientes: “a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin

perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. c) La indemnización de los daños y perjuicios causados. d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.”

Asimismo, conforme reza el referido artículo, la adopción de estas medidas se entenderá sin perjuicio de la tutela cautelar que fuera necesaria para asegurar la efectividad de las mismas.

También podrían ser de aplicación otro tipo de medidas cautelares como la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, el secuestro de ejemplares o material empleado para la reproducción o comunicación pública, el embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales²⁶ o, incluso, cualquier otra medida cautelar y provisional aunque no se hallare expresamente prevenida en la legislación vigente, siempre y cuando un juez apreciara la existencia de “indicios racionales de carácter fáctico de que la lesión al derecho personal en cuestión se ha producido realmente, pero no en relación a hipotéticos hechos futuros” (Cordero Álvarez 2015, 207).

RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA VULNERACIÓN

Transgresiones a los derechos de la personalidad producidos en Internet

Dada la naturaleza de derechos fundamentales que la Constitución española atribuye a los derechos de la personalidad, cualquier ciudadano que considere que le han sido perjudicados, podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios españoles a través del procedimiento basado en los principios de preferencia y de sumariedad a que se refiere el artículo

53.2 de la Constitución española, o bien, acudiendo directamente al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español.

La comisión, por acción u omisión, de cualquier ilícito contra los mencionados derechos de la personalidad podrá conllevar sanciones de índole administrativa, de carácter civil o, incluso, de tipo penal, dependiendo de las características de la vulneración que se hubiera producido, incluido el derecho del afectado a reclamar

²⁶ Todas estas medidas cautelares contempladas en el artículo 141 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

la indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado.

Para que el perjuicio sea jurídicamente indemnizable deberá probarse su antijuridicidad, su certeza, así como que afecta directa y personalmente a los legítimos intereses de la víctima, elementos todos ellos imprescindibles para exigir esta responsabilidad, y podrá afectar tanto a la esfera patrimonial del afectado, como a su ámbito moral, especialmente, en lo que respecta a sus derechos al honor, intimidad o propia imagen.

La responsabilidad civil podrá ser de tipo subjetivo, ya que todo aquel que causa daño a otro, por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, estará obligado a reparar el daño, conforme reza el artículo 1902 del Código Civil español, pero también objetiva, ante aquellos supuestos que expresamente atribuya responsabilidad y que así se disponga en la legislación vigente.

En dicho sentido, el artículo 9.3 de la Ley orgánica 1/1982 contiene una presunción expresa sobre la existencia de un perjuicio siempre que pueda acreditar haber sufrido una intromisión ilegítima en los derechos sobre la personalidad a los que se refiere la mencionada Ley, caducando el ejercicio de la acción transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas. Por lo que respecta a la indemnización, ésta se extenderá al daño moral, que será valorado atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, así como a la gravedad de la lesión que efectivamente se hubiera producido. A efectos de determinación de su cuantía, se deberá tener en cuenta la difusión o audiencia del medio a través del que se hubiera producido, en su caso.

En materia de obligaciones extracontractuales, dado que el artículo 1.2.g) del Reglamento comunitario Roma II²⁷, excluye expresamente de su ámbito de aplicación “las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los

derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación”, a los efectos de determinar la ley aplicable a las reclamaciones de responsabilidad civil de este tipo de supuestos, se tendrá que realizar de conformidad con lo establecido en el artículo 10.9 del Código Civil, en materia de normas de derecho internacional privado, que establece que las obligaciones no contractuales se regirán por las leyes del foro en que hubiere ocurrido el hecho del que se deriven.

Sin embargo, la responsabilidad civil derivada del daño producido a los derechos de la personalidad también podrá ser de tipo contractual, si el origen del incumplimiento se apoya en la existencia de un contrato previo que vincula a las partes. Este tipo de contratos es habitual en las redes sociales, cuando solicitamos el alta en las mismas y, antes de crear el perfil propio, el prestador del servicio exige que el usuario acepte expresamente sus condiciones de uso del servicio, aplicación, plataforma y/o productos suministrados. Dichos prestadores de servicios deberán velar por la protección de los intereses de privacidad e imagen, tanto de sus usuarios como de terceros, y estarán obligados a reparar los perjuicios causados en caso de incumplimiento de los deberes contractuales.

La responsabilidad del prestador del servicio puede llegar a ser incluso de tipo penal, en el caso de que adoptase “una actitud activa por el alojamiento de contenidos o facilitación de enlaces ilícitos o lesivos que proporciona un usuario que actúa bajo su dirección o control” (Parra Membrilla 2017, 43) o, incluso, “una postura pasiva por la falta de retirada o de impedimento de acceso a este tipo de contenidos ilícitos o lesivos” (Parra Membrilla 2017, 43).

En dicho sentido, si la injerencia ilegítima procediese de un ilícito de tipo penal, el ofendido o perjudicado podrá interponer una denuncia o querrela criminal ante el órgano jurisdiccional competente, siendo de aplicación en estos supuestos, conforme al artículo 8.1 del Código Civil español y siempre y cuando el punto de conexión se encontrara en España, las leyes

²⁷ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

penales, las de policía y las de seguridad pública de nuestro territorio nacional.

Con respecto al derecho al honor, podrán llevarse a cabo hechos dañosos que supongan un delito de injurias, es decir, en una “acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”²⁸ o de calumnias, ante “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”²⁹, en cuyo caso la persona agraviada o su representante legal podrían encauzar la acción de responsabilidad por la vía penal. Estos delitos de injurias y calumnias no serán perseguibles de oficio, salvo si se dirigen contra un funcionario público, autoridad o agente de la misma en relación a hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, lo que supondría una excepción a la regla general establecida en el artículo 215.1 del Código Penal. Asimismo, es necesario resaltar que prescriben al año de haberse producido.

Dichos delitos se reputarían hechos con publicidad si se propagaran a través de algún medio de imprenta, radiodifusión o cualquier otro con eficacia semejante, como puede ser a través de Internet o de cualquier red social. En estos supuestos, el Código Penal prevé la responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se hubiera propagado la calumnia o injuria, incluyendo la reparación del daño la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal pudiera determinar.

En los delitos contra el honor, el perdón del ofendido o de su representante legal, si lo tuviera, extinguirán la acción penal, siempre y cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea, y si el perdón se hubiera otorgado de forma expresa antes de que se hubiera dictado sentencia, a

cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla³⁰.

Asimismo, si el acusado por un delito de injurias o calumnias pudiera demostrar la verdad de las imputaciones realizadas y por las que se le inculpa del delito, la *exceptio veritatis* le permitiría quedar eximido de su responsabilidad penal.

Por lo que respecta a la responsabilidad derivada de ilícitos administrativos, esta surgirá como consecuencia de actos u omisiones que supongan la contravención de la normativa aplicable, que se hubieran producido durante las distintas etapas de elaboración y utilización de los ficheros de datos personales, ya sea durante el proceso de su recogida, durante el proceso de tratamiento de los mismos, como a lo largo de la fase de gestión y utilización de los ficheros.

Vulneraciones en materia de protección de datos personales

Si el hecho dañoso procediera de una vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales, la responsabilidad podrá ser atribuida, de modo individual o colectivo, al responsable o encargado del tratamiento de los datos, al titular del fichero o a cualquier otra persona relacionada directa o indirectamente con el mismo.

Si el fichero dependiera de una Administración Pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas. Mientras que, si fueran de titularidad privada, dicha acción se ejercitará ante los órganos jurisdiccionales ordinarios competentes. Además, si el referido registro tuviera carácter público, las vulneraciones podrían dar también lugar a las correspondientes sanciones disciplinarias, ante, por ejemplo, una recogida de datos más allá de la

28 Definición que resulta de lo dispuesto en el artículo 208 del Código Penal, delito castigado con penas de multa de tres a catorce meses, o de seis a catorce meses si se hubiera llevado a cabo con publicidad.

29 Definición que resulta de lo dispuesto en el artículo 205 del Código Penal, delito castigado con penas de multa de seis a doce meses, o de doce a veinticuatro meses si se hubiera llevado a cabo con publicidad.

30 No obstante, tal y como dispone el artículo 130.1. 5º del Código Penal, “en los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena”.

finalidad perseguida con la creación del fichero o si no son adecuados, pertinentes o excesivos en relación con dicha finalidad.

Los procedimientos relativos al ejercicio por la Agencia Española de Protección de Datos de la potestad sancionadora que le viene atribuida por la legislación en materia de protección de datos, y que deberán seguirse ante la existencia de hechos susceptibles de motivar una imputación de cualquier infracción en la materia, son los que resultan del Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal.

Es fundamental conocer a qué estamos prestando nuestro consentimiento al contratar productos o servicios en línea. A dichos efectos, el consentimiento comprenderá “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca” del afectado, conforme disponen el artículo 6.1 LOPD y el artículo 5.1.d) de su Reglamento, consentimiento que deberá prestarse en el mismo momento de recogida de los datos personales, y que será revocable por parte del usuario en cualquier momento.

En materia de protección de datos de carácter personal, dado que resulta imposible garantizar plenamente la seguridad en el tratamiento de los mismos, los daños que pudieran ocasionarse se imputarán, *prima facie*, a los responsables o titulares de los ficheros, quienes deberán responder de forma objetiva en caso de que se produjera una intromisión ilegítima no consentida que supusiera un menoscabo en el derecho al honor o a la intimidad de los afectados. Dicha imputación objetiva de responsabilidad podría atemperarse si logran demostrar que, tanto ellos como sus empleados, han desplegado una diligencia debida en la reducción de los riesgos que pudieran existir, así como que no ha concurrido culpa ni negligencia por su parte. Esto también encuentra su fundamento en el hecho de que el consentimiento de las personas concernidas, implica la asunción por su parte de un cierto riesgo derivado de la imposibilidad de garantizar al cien por cien la seguridad en el ámbito tecnológico. No obstante, la carga de la prueba con respecto a la diligencia empleada, recaerá sobre las personas que la alegan, es decir, el responsable y/o titular del fichero y las personas a su cargo, quedando invertida, por tanto, dicha carga de la prueba.

CONCLUSIONES

Nos hallamos inmersos en la era de la información, la cual ha supuesto múltiples avances, innovaciones tecnológicas y beneficios que han hecho mucho más fácil desarrollar las actividades más cotidianas.

Pero estos avances también llevan una contrapartida, consistente en múltiples riesgos, peligros y desventajas que pueden ocasionar serios problemas con respecto a los derechos de la personalidad como, por ejemplo, las serias dificultades a la hora de identificar a los infractores de estos derechos que hubieran utilizado mecanismos “anonimizadores” para hacer más difícil la labor investigativa.

También resulta especialmente complicado determinar el lugar en que se ha cometido el daño, ya que la presencia virtual del individuo, permite desarrollar los hechos desde un punto geográfico distinto a aquél

en el que se materializan sus resultados. Pese a que tanto la normativa española y comunitaria, como la jurisprudencia, otorgan una posición prevalente al derecho a la libertad de expresión e información frente a los derechos de la personalidad, no se puede olvidar que ambos constituyen derechos fundamentales de la persona, que precisan de especial protección por parte de los poderes públicos, siendo necesario aplicar adecuadamente, de forma prudente y sosegada, las técnicas de ponderación judicial en caso de colisión entre unos y otros derechos.

En cuanto a la problemática derivada de la determinación de la competencia jurisdiccional en litigios internacionales, como la comisión de los hechos a través de Internet puede señalar a puntos de conexión vinculados a más de un país, hemos podido comprobar cómo la jurisprudencia española y de la Unión

Europea, han logrado complementar las normas de atribución de dicha competencia, facilitando que las víctimas puedan ejercitar acciones con respecto a la totalidad de los daños en el lugar donde se localice su centro de intereses, lo que es especialmente interesante a efectos de reducir costes en la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva. Sería sumamente interesante contar con un sistema global que otorgase una protección unitaria y efectiva de los derechos humanos a nivel internacional, incluidos los derechos de la personalidad. Pero hasta que ello sea posible, es fundamental que todos los países cuenten con

modelos normativos que permitan prevenir, atajar y reparar los daños derivados de las lesiones que se produzcan a este tipo de derechos a través de cualquier medio, y adoptar las nuevas medidas que sean precisas ante la incesante aparición de nuevos medios y tecnologías que permitan novedosas formas de ataque. Los poderes públicos deben continuar velando por que las injerencias que se realicen en el derecho a la vida privada y familiar de cualquier persona, se lleven a cabo de forma limitada y controlada, que sean adecuadas a la finalidad perseguida, así como proporcionadas y excepcionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Blanco Lozano, C. 2001. Principios espaciales y personales de aplicación del derecho penal español. *Cuadernos de Política Criminal*. Núm. 73: 35-79.
- Chinchilla Sandí, C. 2005. Personalidad virtual: necesidad de una reforma constitucional. *Revista de Derecho y Tecnologías de la Información*. Núm. 3: 1-11.
- Cordero Álvarez, C.I. 2015. *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*. Madrid: Dykinson.
- De Miguel Asensio, P.A. 2012. Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet. *La Ley*, año XXXIII: 1-3.
- _____. 2015. El lugar del daño como fundamento de la competencia internacional en los litigios sobre derechos de autor. En *Estudos de Direito Intelectual Em Homenagem ao Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão*, coords. Dário Moura Vicente et al., 511-30. Coimbra: Almedina.
- Esteban de la Rosa, F. 2013. La competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. En *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, coords. José Miguel Zugaldía Espinar y Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos, 377-402. Pamplona: Aranzadi.
- Gimeno Ruiz, A. 2014. Derechos de la personalidad e Internet. *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, Núm. 4: 231-242.
- Lorente Martínez, I. 2012. Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011 y el coste de litigación internacional en Internet. *Cuadernos de Derecho Transnacional*: 277-301.
- Megías Quirós, J.J. 2002. Privacidad e Internet: intimidad, comunicaciones y datos personales. *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 3: 515-60.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P. 2013. La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *La Ley Unión Europea*, Núm. 4: 18-27.
- Parra Membrilla, L. 2017. Responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad en la red. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 21: 1-49.
- Ribó López, A. 2015. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. *Actualidad civil*, Núm. 12: 90-7.
- Uriondo de Martinoli, A. 2012. Lesión de los derechos de la personalidad a través de Internet. *Revista de la Facultad*, Vol. III, Núm. 2: 155-75.

EL ARTE COMO ESTRATEGIA DE REPARACIÓN INMATERIAL
DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS.
LA IMAGEN ARTÍSTICA PARA LA TRANSFORMACIÓN
DE LAS NARRATIVAS DE LA VIOLENCIA

ART AS A STRATEGY OF IMMATERIAL REPARATION
OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS.
THE ARTISTIC IMAGE FOR THE TRANSFORMATION
OF VIOLENCE NARRATIVES

A ARTE COMO ESTRATÉGIA DE REPARAÇÃO IMATERIAL
DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS.
A IMAGEM ARTÍSTICA PARA A TRANSFORMAÇÃO
DAS NARRATIVAS DA VIOLÊNCIA

*Jorge Poveda**

Recibido: 09/09/2018

Aprobado: 15/11/2018

Resumen

Las violaciones de derechos humanos, graves, masivas y sistemáticas, requieren la complementariedad entre la remediación material e inmaterial desde una aproximación interdisciplinaria. Se revisará entonces la idoneidad y potencialidad del arte para la garantía del derecho a la memoria; en una dimensión colectiva que va más allá de las víctimas y sus familiares, aunque sin jamás perderles de vista. La propuesta recae en articular los aspectos jurídico, estético y político, para desafiar las narrativas triunfantes de la violencia institucionalizada.

Palabras clave: Arte; Memoria; Restitución Integral; Violación de derechos humanos; Centros de Memoria; Estética; Percepción; Reparación inmaterial

Summary

Violations of human rights, serious, massive and systematic requires, both, material and immaterial remediation from an interdisciplinary approach. Then, the art suitability and potential for the guarantee of the right to memory will be reviewed; in a collective dimension that goes beyond the victims and their families, although without

ever losing sight of them. The proposal lies in articulating the legal, the aesthetic and the political issues, challenging the triumphant narratives of institutionalized violence.

Key words: Art; Memory; Integral restitution; Violation of rights; Memory centers; Aesthetics; Perception; Immaterial repair

Resumo

As violações de direitos humanos, graves, massivas e sistemáticas requerem a complementariedade entre a remediação material e imaterial desde uma aproximação interdisciplinar. Revisar-se-á então, a idoneidade e potencialidade da arte para a garantia do direito a memória; em uma dimensão coletiva que vai mais além das vítimas e seus familiares, ainda sem jamais perder os mesmos de vista. A proposta recai em articular o jurídico, o estético e o político, desafiando as narrativas triunfantes da violência institucionalizada.

Palavras chave: Arte; Memória; Restituição Integral; Violação de direitos; Centros de Memória; Estética; Percepção; Reparação imaterial

* Abogado de los Juzgados y Tribunales del Ecuador. Licenciado en Artes Escénicas. Candidato a Magíster en Patrimonio Inmaterial y Sistemas de Movimiento en la Universidad de Clermont Auvergne/University of Roehampton. Correo electrónico: jorgepoveda@hotmail.com.

LA IMAGEN ARTÍSTICA PARA LA TRANSFORMACIÓN DE LAS NARRATIVAS DE LA VIOLENCIA

Un nuevo paradigma orientado a la dignidad humana se hacía necesario para complementar el entendimiento civilista de la restitución de derechos y volverlo integral. La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas plantearon una mirada revisionista del concepto de reparación como una obligación del Estado, ya no solo de desembolsar sumas de dinero a quienes se les ha violentado sus derechos, sino como un resarcimiento que tiene que ejecutarse con un espectro más amplio; y surgen, para el efecto, las medidas de satisfacción y el derecho a la memoria.

¿Pueden el arte y los Centros de Memoria constituirse como herramientas idóneas para la reparación inmaterial de las víctimas de derechos humanos? Esta es la pregunta de investigación que orienta el presente artículo, y que se sostiene en la hipótesis de que la perspectiva exclusivamente patrimonial no reparara en su totalidad el menoscabo sufrido por las víctimas de derechos humanos; el buen nombre, la dignidad,

la honra, la recuperación de la verdad y el derecho a la memoria, requieren de un entendimiento extenso e interdisciplinario para alcanzar una restitución que pueda decirse integral.

En ese sentido, este trabajo busca emparejar al derecho y al arte, para demostrar la necesidad de generar un vínculo de reciprocidad entre estas dos disciplinas y alcanzar un verdadero saneamiento de las violaciones de derechos humanos, en las dimensiones individuales y colectivas que son requeridas, por medio de la estructuración de Centros de Memoria, con el fin de institucionalizar, operativizar y optimizar las actuales estrategias reparatorias que carecen de un criterio estético y, por tanto, devienen insuficientes o ineficaces para transmutar las narrativas configuradas por la violencia sistemática. También se quiere apuntalar una estética de la memoria, y reflexionar en que ésta no puede ser refigurada sin el agenciamiento del arte, que es el objetivo primordial del presente escrito.

EL ARTE Y LOS ESPACIOS DE MEMORIA PARA RECUPERAR LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

El arte opera primordialmente como generador de imágenes, ya sean estáticas (como en el caso de la escultura, pintura, fotografía, mural) o dinámicas (teatro, performance, video-arte); confecciones de valor estético que permean la percepción y la sensibilidad. Su contenido y el acontecimiento de su presentación, viajan desde la representación en dirección a la realidad y pueden ser usados para la construcción de un nuevo horizonte de sentido, necesario para las víctimas de violaciones de derechos humanos, para sus familiares y las comunidades a las que pertenecen: el carácter de otredad y desterritorialidad de la *poiesis* permite considerarla [a la representación] como un mundo paralelo al mundo, con sus propias reglas

(inmanencia): al establecer su diferencia (de principio formal y en consecuencia también de materia afectada, materia en nuevo estado), el ente poético funda un nuevo nivel del ser, produce un salto ontológico (Dubatti 2014, 27).

Este salto ontológico de la disposición de las cosas, sería en la filosofía de Walter Benjamin “una propuesta de mejoramiento dirigida al orden” (Benjamin 2003, 117) establecido con anterioridad (la narrativa creada por la violación de derechos). Es decir que, el arte toma a la realidad y la imita, pero no fielmente, sino bajo una intención escondida de “mostrarle cómo”, ajustar la historia según la voluntad del creador y los

intereses sociales que lo instrumentalizan, en otras palabras: una “mímesis perfeccionada” (Benjamin 2003, 117). Las medidas de reparación simbólicas, y las acciones conmemorativas, reivindicadoras, publicitarias u honrosas que conllevan, perderían su sentido si se aplican únicamente al interior del círculo íntimo de la víctima y sus familiares. Por el contrario, la intención del resarcimiento de la honra, el buen nombre y, en última instancia, de la verdad de los hechos ocurridos, es una memoria que tiene que validarse a nivel colectivo. El arte aparece entonces como la convocatoria social apta para inaugurar una otredad y un sentido nuevo, no solo comunicándolo, sino distribuyéndolo a través de una obra y sus significaciones.

Esa significación no es la simple comunicación de una idea o concepto, sino algo más y no algo menos (la simple transferencia de mensajes se realiza a través de sistemas de códigos comunicacionales que responden a reglas consensuadas y aceptadas por las partes intervinientes). Pero aquí la idea se retuerce, supera la unidimensionalidad comunicativa (Andruchow 2017).

Las medidas de reparación inmaterial apelan a rescatar una verdad particular para incorporarla a la gran memoria colectiva por medio de la acción de recordar, no solo con palabras (unidimensionalidad comunicativa), sino por encima de ellas. “Recordar en el sentido de Benjamín tiene que ver con un espacio que aparece al quebrarse la temporalidad lineal y abrirse el tiempo hacia todas las direcciones haciendo confluír pasado, presente y futuro en un remolino en el que giran el antes y después” (Pinilla 2010, 290).

Esta “memoria de lo que queda en las cunetas de la historia” (Pinilla 2010, 299) es recuperada por medio del recuerdo, pero se diferencia del mismo, pues lo sobrepasa; “por eso, la oposición entre *recuerdo* y *memoria* se puede traducir en una tensión entre, por un lado, una repetición conmemorativa cercana a cierta voluntad historicista, y por otro, la construcción de un pasado en el límite entre lo individual y lo colectivo” (Grimoldi 2010, 2). La pulsión por recuperar los recuerdos de unos y transformarlos en memoria de todos, tiene un carácter post-moderno, por la vigorización que de los relatos vencidos se hace para volverlos céntricos y por el desafío que se hace

respecto de la que hasta entonces había sido la única manera de ver el mundo: la narrativa triunfante creada por la violencia sistemática.

Lo anterior cobra sentido, pues el recuerdo (que está entre el límite de lo individual y lo colectivo) se *vivencia* por un sujeto individual y no admite la reformulación crítica ni la incorporación de nuevos elementos desde el tiempo presente. Pero un Centro de Memoria o museo conmemorativo apunta a la *experiencia*, que surge “como interrupción, desplazamiento que vincula el pasado con el presente, ofreciendo una nueva imagen” (Grimoldi 2010, 203). Sin dejarse obnubilar por lo vivencial, la verdadera restitución inmaterial de derechos, a la honra, al buen nombre, a la verdad, a la memoria, se da en el momento específico en que el acontecimiento de arte propicia la fricción entre el pasado y el presente, y gesta, instala y transmite una nueva imagen que trastoca el orden del sentido implantado por los regímenes fascistas, opresores y las dictaduras.

Entonces, el contrario contundente de las leyes de amnistía es el arte, como antagonista del olvido pactado. Las conmemoraciones, marchas, obras de teatro, encuentros y disculpas públicas, actualizan la imposibilidad de olvido, *presentifican* más no *representan* a las violaciones de derechos humanos, para poder, si se quiere, darle a ese pasado una oportunidad de ser escuchado desde un presente que le recupera. La mirada al pasado entonces, se vuelve política.

En efecto, ya no es la memoria como simple objeto de contemplación o interpretación de su sustancia y manifestación como facultad social o individual. Esta memoria, por el contrario, demanda, desde una dimensión política, una ética de la responsabilidad sobre las vidas frustradas por la barbarie y una suerte de justicia reivindicativa de las víctimas (Reyes 2006, 67).

Política, derecho y estética permitirán entonces hacer la transmutación merecida por las víctimas y dispuesta por los tribunales internacionales o de justicia transicional, según sea el caso. “Es cambiar muerte por vida. La música, la poesía, el teatro, el cine, los títeres (...) conectan el pasado con el presente creando una nueva forma del recuerdo y una nueva proyección

futura” (Grimoldi 2010, 204). Sin embargo, por más que exista la fuerza vinculante y la buena voluntad, la desconexión entre estas tres disciplinas antes mencionadas, provoca una confusión que puede llegar a la inoperancia o falta de efectividad de las acciones de reparación emprendidas.

La “revelación pública y completa de la verdad, en tanto esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima”¹ tendría que ser hecha por medio del arte, con el fin de mostrar a la realidad “no como los hechos que han sido, sino lo que en su ausencia aparece como posibilidad frustrada cuestionando la legitimidad de lo fáctico al tiempo que permite a la injusticia pasada hacerse presente como demanda de justicia” (Guerrero 2009, 32). Esta es la tesis principal de la presente investigación, que busca postular la eficacia del arte para ejercer la reparación inmaterial de las víctimas de crímenes atroces y de violaciones masivas de derechos humanos, o de quienes han sido afectados por el “mal absoluto”, para tomar las palabras de Carlos Nino. Cabría entonces la pregunta: ¿y por qué no honrar, conmemorar o recordar a las víctimas por medio de discursos, placas, conferencias, conversatorios o cualquier otro tipo de intercambio verbal sin una voluntad estetizante como la que ocurre en el arte? ¿No estaríamos también ante una manera simbólica de satisfacer los derechos abollados de las víctimas y sus familiares?

La respuesta podría residir en la premisa jurídica de que las cosas en derecho se deshacen de la misma forma cómo se hacen. De manera análoga, diríamos que no puede repararse, con palabras, los daños que han sido causados con acciones. El arte como una operación-acción excepcional propia de lo humano, incide en la realidad de una forma más profunda que

los discursos, las palabras o los testimonios. El arte, en contraste, pone de relieve la imposibilidad de las narrativas de hacer presente lo innumerable o incommunicable de la experiencia, muy a pesar de que las condiciones de transicionalidad estén dispuestas a ello; pues, como Agamben refiere en su testimonio, hay siempre algo así como una imposibilidad de testimoniar (Guerrero 2009, 32).

La reparación de derechos entonces, tiene que ser hecha y no referida, ejecutada y no aludida, concretada y no descrita, o si se quiere: performada. Esta facultad del arte para transgredir el orden de las cosas implica una reformulación del sentido magnánimo impuesto por la violencia y el abuso de Estado. “Y si el arte, la esfera estética, tienen un papel fundamental entre el orden policial y la interrupción política de ese orden es porque tienen el poder para refigurar una nueva repartición de lo sensible” (Rancière 2011, 9); si se entiende el ámbito policial en los términos de Rancière como “el funcionamiento de la polis con sus partes reconocidas bajo un orden” (Rancière 2011, 9).

De este entrecruzamiento se llega a una vinculación multidisciplinaria, por encima de cualquier eufemismo, en donde la estética, como “régimen de lo sensible”², funge de pontífice entre las formas sensibles del arte y la vida, misma que “encuentra su mayor expresión en las esferas de lo político y lo social”³ que a su vez están circunscritas por las regulaciones del derecho. De ahí se desprende que el arte se volvería político, no a priori, ni por la técnica empeñada para su despliegue (*tekné*), sino en el acontecimiento de interrupción de la linealidad del tiempo cotidiano para poblar un espacio con la postulación de un discurso estetizado en el marco del acontecimiento convivial y público que implica la recepción del arte. Este “asunto de visibilidades”⁴ queda robustecido cuando a nivel jurisdiccional se ha dispuesto la recuperación de una

1 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, 2005, art. 20, lit. b), <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx> (consultada el 2 de agosto del 2017).

2 Arcos Palma, Ricardo. “La estética y su dimensión política según Jacques Rancière”, párrafo 1 http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-75502009000200010&lng=en&tlng=es (consultada el 1 de septiembre de 2017).

3 *Ibid.*, párrafo 18.

4 *Ibid.*, párrafo 18.

verdad procesal, por encima de deudas morales e iniciativas fragmentarias. El derecho, con su fuerza imperativa, propugnará la socialización de un discurso artístico, por medio de normativa, fallos y políticas públicas, para que ingrese en el campo político y se vuelva parte del acervo de lo colectivo. “La política

consiste en reconfigurar la repartición de lo sensible que define lo común de una comunidad y que introduce los sujetos y los objetos nuevos, en hacer visible lo que no lo era y en hacer escuchar como hablantes a aquellos que solamente eran percibidos como animales ruidosos”⁵.

SITIOS DE MEMORIA COMO ESPACIOS DE CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD SOCIAL

El primero en acuñar la noción de “lugares de memoria” fue Pierre Nora, quien los entendió como significativos condensadores de valor simbólico para una comunidad en particular (Nora 2008). Él los calificó como dadores de cohesión e identidad entre un grupo, a falta de elementos comunes entre miembros heterogéneos de una misma población, por causa de la desaparición de los Estados-Naciones tradicionales. Nora puso en el mapa epistémico la importancia de entender esta topografía de la identidad colectiva pues “no hay identidad social sin memoria. Pero, al mismo tiempo, no hay memoria espontánea, por lo que se hace necesario identificar los lugares de tal memoria” (OEA 2010, 30).

Según el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MERCOSUR y sus “Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria” publicados en 2012, se puede considerar como un sitio de memoria a “todos aquellos lugares donde se cometieron graves violaciones a los derechos humanos, o donde se resistieron o enfrentaron esas violaciones, o que por algún motivo las víctimas, sus familiares o las comunidades los asocian con esos acontecimientos, y que son utilizados para recuperar, repensar, y transmitir procesos traumáticos, y/o para homenajear y reparar a las víctimas”⁶. Estos lugares ratifican la función bicéfala de la memoria, pues implican

tanto una reparación simbólica para las víctimas como una garantía de no repetición para la sociedad en su conjunto, si consideramos su función pedagógica y educativa que es también una estrategia de prevención.

Sitios de memoria: espacios recuperados para la memoria como ex centros clandestinos de detención, monumentos, placas recordatorias, nombres de calles, plazas, etc. El factor que vuelve a esos lugares sitios de memoria es la historia que concentran para diversos actores sociales. Su construcción como “sitio de memoria” se puede deber a una iniciativa estatal, pero en ocasiones es la voluntad de los movimientos sociales los que los tornan significativos. Al mismo tiempo, estos “sitios” no tienen el mismo sentido para todos. Un mismo espacio puede convocar memorias contrapuestas (OEA 2010, 30).

Lo cierto es que, al hablar de acontecimientos pasados, siempre habrán versiones contrapuestas. Este choque representa la pugna de una memoria que está tratando de resaltar por sobre las otras memorias y ocupar un lugar reconocido dentro de los imaginarios colectivos. Pues, como lo resaltaba Jacques Derrida, no es posible preservarlo todo, y por tanto hay que tener una mirada crítica con los logros que hasta ahora se han alcanzado, y reconocer que tras ellos existe un criterio político de selección (Derrida 2002).

⁵ *Ibid.*, párrafo 33.

⁶ Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, “Principios fundamentales para las políticas públicas en materia de sitios de memoria”, principio 1. <http://www.ippdh.mercosur.int/principios-fundamentales-para-las-politicas-publicas-en-materia-de-sitios-de-memoria/> (consultada el 5 de agosto de 2017).

DERECHO A LA MEMORIA COMO MEDIDA DE REPARACIÓN COLECTIVA

Las connotaciones de los delitos catalogados como “mal absoluto” se perpetraron sobre individuos concretos. Pero, en la reiteración de esta operación, una comunidad entera es afectada, pues su estabilidad, seguridad y bienestar se ven comprometidos.

En los últimos años ha crecido sustancialmente el litigio de casos colectivos: es decir, casos en los cuales se plantea la afectación de un grupo o de una «clase» de víctimas por la acción u omisión de un Estado. Como ejemplo, pueden mencionarse los casos sobre pueblos indígenas, así como las recientes medidas provisionales dispuestas por la Corte en materia carcelaria y sobre comunidades negras (Abramovich 2014).

Los crímenes atroces o de lesa humanidad, por lo general están direccionados en contra de una población objetivo, según criterios discriminatorios llevados hasta el paroxismo. Puede tratarse de una comunidad con una etnicidad particular, o una nacionalidad concreta, pertenencia a determinado grupo social o cualquier otro rasgo compartido. Si bien la cita anterior hace referencia a crímenes contra comunidades grandes, existen violaciones de derechos contra personas singulares, cuya repercusión también requiere de una restitución a la sociedad a la que se pertenece.

¿Es suficiente el pago de una suma de dinero para reparar un caso de desaparición forzada de personas? Desde ahora debemos adelantar nuestra respuesta negativa. Aun cuando la víctima sí se sintiera resarcida por la indemnización, esta grave tipología de violación a los derechos humanos trasciende a la víctima y repercute en el complejo social en el que se encuentra inmersa⁷.

En la línea de lo planteado, diversos organismos jurisdiccionales han reconocido medidas de reparación no

únicamente para la víctima y su núcleo más cercano, sino también estrategias de un alcance superior, por entenderse la grave conmoción ocasionada también en su contexto. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos llegó a la comprensión de que el estado de impunidad prolongado podría provocar en las víctimas “alteraciones en las relaciones sociales y la dinámica de sus familias y comunidades”⁸. Adicionalmente, se ilustra que, cuando se dan casos de violaciones masivas a los derechos humanos, no es posible, al menos no con total certidumbre, hacer la identificación individualizada y exhaustiva de las víctimas, de modo que se requiere, para el saneamiento de estos crímenes, de la aplicación de estrategias reparatorias colectivas, que, en el caso de Museos o puntos de memoria, implicarían saludables espacios para la validación social del dolor de las personas afectadas y su consecuente saneamiento. De aquí se desprende “la necesidad del conocimiento público de los hechos como una forma de superar las trampas del mal radical” (Nino 2006, 144), que es, al mismo tiempo, una manera de evitar “el impulso hacia la venganza privada, y afirman de esta manera el Estado de Derecho” (Nino 2006, 213).

Los espacios de memoria no tienen una característica meramente utilitaria. Creerlo sería afirmar que se saca provecho de las víctimas y su sufrimiento. Por el contrario, recuperar y resguardar la memoria “contribuye a restablecer su auto respeto, (...) a que la historia verdadera reciba un reconocimiento oficial, que la naturaleza de las atrocidades se discuta abierta y públicamente, y que quienes perpetraron esos actos sean oficialmente condenados” (Nino 2006, 213). Además, se colocan los hechos en el plano de la cotidianidad de la vida comunitaria, para análisis y escrutinio público, de modo que se promueva la solidaridad y la apreciación colectiva del Estado de derecho, por medio de obras de arte pictóricas, fotográficas o escénicas,

7 Andrés Rousset. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/.../a1-n1-2011-art03.pdf (consultada el 22 de octubre de 2017).

8 Sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 25-X-2012, caso Masacres de El Mozote vs. El Salvador, corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf (consultada el 18 de diciembre de 2017).

que se presentarían en el marco de un Centro de la Memoria.

Precisamente el arte es el que puede colmar esa porción de las nociones relacionadas a la no impunidad y a la verdad, que el derecho no puede atajar por ser una estructura de mínimos, no injerencista; en oposición al arte, que se despliega por encima de “lo permitido”,

“lo aceptable”, lo “concordado”. Por lo tanto, acude en auxilio del derecho para satisfacer a plenitud y de manera suplementaria, aspectos medulares de derechos fundamentales que no alcanzan a materializarse por la sentencia de un juez, sino que operan y logran su consecución en el seno de acontecimientos conviviales, reales y presentes, que son los configurados por las artes, en espacial las escénicas.

EFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO A LA MEMORIA EN EL ECUADOR

En el Ecuador, la conjunción entre arte y el derecho a la memoria es aún un campo incipiente, a pesar de que se cuenta con una legislación especializada para encauzar tal esfuerzo. A continuación, se revisarán algunas de las experiencias nacionales que han buscado subsanar el olvido y ratificar la verdad de los hechos en casos de graves violaciones de derechos humanos. Si se suman los aspectos vinculantes emanados de la Ley de víctimas con algunas consideraciones emanadas del *soft law* internacional, se levantará en la presente sección, un conjunto de recomendaciones para dirigir la aplicación de los Centros de la Memoria en el Ecuador.

Mandato de la Ley de víctimas y la judicialización de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad

Esta normativa circunscribe su ámbito de regulación a las víctimas de violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad cometidos entre 1983 y 2008, de modo que coincide con los casos que fueron investigados por la Comisión de la Verdad. En resonancia con esta coyuntura, en el año 2008 se logró constitucionalizar los derechos de las víctimas a ser reparadas de manera integral, derecho cuya aplicación, en el caso de la carta magna, no se limita únicamente a las víctimas a las que se refieren el informe de la Comisión

de la Verdad o la Ley. Lo interesante de la Ley para la judicialización de graves violaciones de derechos humanos es que reconoce la responsabilidad del Estado frente a las víctimas así como también “frente a la sociedad ecuatoriana”⁹ y se obliga a ejercer una reparación integral que “restituya a la víctima objetiva y simbólicamente”¹⁰. Es importante señalar que en este mismo cuerpo normativo se ordena la creación del “Programa de reparación por vía administrativa” a cargo de la Defensoría del Pueblo, quien estará encargada de implementar las medidas de reparación para las “personas beneficiarias de las medidas individuales”, quienes para estos efectos se considerarán a “las víctimas directas de las violaciones de derechos humanos y también sus cónyuges o parejas por unión de hecho y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad”¹¹.

Se hace patente que la reparación es entendida en sus dos dimensiones, tanto individual (únicamente las víctimas y sus familiares hasta el 2.º grado de consanguinidad) como colectiva, disposición que queda ratificada en el artículo 9, donde se especifican líneas de acción que sobrepasan a las víctimas directas como destinatarios exclusivos de esta política pública, pues se ordena a la Dirección de Reparación encargarse de la “educación en derechos humanos y difusión del

⁹ Ley para la reparación de las víctimas y la judicialización de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 143, del 13 de diciembre de 2013, artículo 2.

¹⁰ *Ibid.*, art. 3.

¹¹ *Ibid.*, art. 5.

informe final de la Comisión de la Verdad”, así como de la “implementación de medidas simbólicas y medidas de satisfacción”, de la mano de la “línea de archivo y custodia de la memoria documental de las violaciones de derechos humanos”¹².

El aspecto preocupante es que, a pesar de ordenarse en las Disposiciones Generales la creación de un “Museo de la Memoria” en el plazo de 90 días a partir de la entrada en vigencia de esta ley (13-XII-2013), esto no se ha cumplido, habiendo pasado 4 años desde la publicación de la ley. Después de entrevistarme con funcionarios de la Defensoría del Pueblo pude conocer que ya está en marcha la realización de un Museo de la Memoria, que está siendo coordinado con los Ministros del Interior y de Cultura y Patrimonio. Está previsto que se instale en el Distrito Manuela Sáenz, donde funcionaba el Servicio de Investigación Criminal de Pichincha (SIC 10) y que, según se desprende del informe de la Comisión de la Verdad, era uno de los lugares principales para la realización de torturas, aislamientos, detenciones extrajudiciales y otra serie de prácticas violatorias de derechos.

La Defensoría del Pueblo del Ecuador lleva a cabo, con el respaldo del mandato de la Ley de víctimas, un programa de reparación de víctimas de violaciones de derechos humanos, que es ejecutado con diversas instituciones estatales, organismos de la sociedad civil, así como también con las víctimas directas y sus familiares. Entre algunas de las estrategias de reparación se incluyen la socialización del informe de la Comisión de la Verdad, la promoción de los derechos humanos y la ejecución de medidas de reparación simbólicas y de carácter inmaterial, que tanta falta han hecho en nuestro país. Si bien esta institución no es el único origen de las iniciativas de creación de puntos de memoria, sí se ha convertido en la institución líder a nivel nacional para su cumplimiento. No obstante, algunas de las estrategias reparatorias, como se verá en la siguiente tabla, siguen siendo rudimentarias, en el

sentido de que no rebasan el ámbito meramente enunciativo (placas conmemorativas), y por tanto no llegan a configurar acontecimientos con un valor estético o artístico suficiente como para conmover a la comunidad o resignificar la memoria. Ahí es donde aún se echa en falta la articulación realizada por un Centro de la Memoria que fije unas directrices políticas y estéticas para evitar incongruencia o diseminación. (véase Tabla 1)

Criterios para la creación de Centros de Memoria en el Ecuador

Los sitios de memoria implican una “obligación de medios y no de resultados, que es independiente y complementa las obligaciones de investigar y juzgar”¹³, en tanto que socializan una verdad de la que es necesario que la sociedad en su conjunto se apropie como si de un fedatario o albacea colectivo se tratase.

La verdad que la sociedad tiene derecho a conocer no es solo una que es formal y burocrática, como la que surge de un proceso judicial, sino además la que permite evocar el recuerdo y construir memoria. La verdad adquiere así un sentido más complejo que el mero descubrimiento de evidencia de hecho, y significa enfrentar o hacerse cargo del pasado¹⁴.

Esta visión concibe a las pericias de persecución del delito imbricadas con las estrategias de reparación inmaterial en lo tocante a la consecución de la justicia, pues estas últimas constituyen un arma fundamental para la lucha contra la impunidad; entendida no solo como falta de procesamiento de imputados, sino como el olvido social y generalizado de quienes lesionaron derechos. En razón de que “el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y, como tal, debe ser preservado por medidas apropiadas en el nombre del deber a la memoria que incumbe al Estado”¹⁵. Tal patrimonio inmaterial impide, a su vez, la generación ulterior de tesis

¹² *Ibíd.*, art. 5.

¹³ Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, *Principios fundamentales para las políticas públicas en materia de sitios de memoria*, 11. <http://www.ippdh.mercosur.int/principios-fundamentales-para-las-politicas-publicas-en-materia-de-sitios-de-memoria/> (consultada el 13 de agosto del 2017).

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

Tabla 1: Puntos de memoria en el Ecuador

Lugar	Tipo	Conmemora	Creación
Punto de memoria del Cementerio Patrimonial de Cuenca	Escultura del símbolo de los Derechos Humanos y una pequeña plaza. Se construye ahora una placa conmemorativa.	Los casos de Damián Peña, Edwin Barros, Carlos Salamea, Johnny Montesdeoca, Benito Boinilla, Leonardo Segovia, Luis Ortega y Ricardo Merino, fallecidos a manos de elementos policiales.	Por iniciativa del Comité de Familiares y Víctimas Abatidas por la Policía en colaboración con diversas ONGs y la Empresa Municipal de Cementerios. Fecha de creación: 11-XII-2015.
“El grito de la memoria en los exteriores de la Fiscalía General del Estado. Quito	Muralismo latinoamericano de corte expresionista creado por el artista Pavel Egúez.	Las víctimas de la represión estatal de las décadas de los 70 y 80 vividas en el cono sur por causa de regímenes dictatoriales u opresivos. Se puede apreciar tanto a los dictadores de Argentina y Chile, como a figuras como León Febrés Cordero. En otra porción de la obra se rinde homenaje a defensores de derechos humanos como las madres de la Plaza de Mayo o Jaime Roldós.	Galo Chiriboga Zambrano, Fiscal General del Estado inaugura esta muestra en celebración del día de los derechos humanos. Fecha de creación: 10-XII-2014
Punto de memoria del Pasaje Illingworth. Guayaquil	Placa conmemorativa	Caso Fybeca, caso Wellington Peñafiel, Víctor Alvarado y víctimas de otros 21 casos de graves violaciones de derechos humanos documentadas por la Comisión de la Verdad del Ecuador por haber sido torturadas, desaparecidas, ejecutadas extrajudicialmente o detenidas de forma arbitraria.	La Defensoría del Pueblo del Ecuador, el Ministerio de Cultura y Patrimonio, la Gobernación del Guayas y la Universidad de las Artes de forma coordinada. Fecha de creación: 1-XII-2017
Punto de memoria “La Estancilla” Atacames	Placa conmemorativa	Los casos de Pedro Dimas Loor Vera, ex comando de Taura y sus compañeros de filas cuyos derechos fueron vejados por elementos del Estado según se detalla en el informe de la Comisión de la Verdad.	Proyecto de la Defensoría del Pueblo, conjuntamente con el GAD del cantón Tosagua, la Junta Parroquial Ángel Pedro Giler y el Ministerio de Cultura y Patrimonio. Fecha de creación: 29-XI-2017
Memorial del parque “El Arbolito” Quito	Escultura abstracta de la artista Dolores Andrade.	Los casos de Consuelo Benavides, Jaime Otavalo, Gustavo Garzón, y la desaparición de los hermanos Santiago y Andrés Restrepo en manos de agentes de Estado en el gobierno de León Febrés Cordero.	Concurso Nacional de arte por la memoria. Fecha de creación: Julio de 1997.

revisionistas o negacionistas, en tanto esté estructurado como una herramienta educativa o pedagógica de la memoria, logro que se obtendría si la información se asienta en un Museo o Centro de Conmemoración de víctimas, ordenada, presentada y disponible para la comunidad.

La importancia de la memoria como facultad orientadora del comportamiento se ilustra desde la empresa del Jesuita Mateo Ricci al lejano oriente en el siglo XVI, quien en sus *Palacios de la Memoria* extendía la tradición occidental de la mnemotecnica y también el cristianismo que se mimetizaba a través de

sus imágenes. Al mismo tiempo, en las Américas se desarrollaría la tensión entre la memoria nativa y la europea. Los lugares de culto indígenas se transformarían en los nichos de la nueva religión y serán las imágenes, el instrumento pedagógico y el escenario de la batalla entre las dos memorias (Guerrero 2009, 16).

Las imágenes referidas no se constituyen como tales mientras se queden en palabras copiadas en sentencias, informes, comunicados, memorandos o cualquier otro texto materializado sobre un soporte escrito. Esta información solo tiene oportunidad de constituirse en imagen gracias al arte, que toma un concepto o una

idea y la eleva, por medio de la metáfora a un lenguaje pictórico, una composición, una cromática, un gesto o un movimiento que, sea figurativo o abstracto, apela al espectador ya no solo desde la razón, sino también desde la percepción, los sentidos, la imaginación y la dimensión emotiva.

En la filosofía de Benjamin, la imagen no representa un mero recurso retórico para ilustrar o enfatizar una idea; tiene, más bien, una fuerza expresiva propia, un potencial derivado del hecho de que su forma y su contenido están intrínsecamente unidos (Pinilla 2010, 290).

Tales imágenes tendrán que ser diseñadas, con la mayor participación posible de las víctimas y sus familiares, para que puedan ser expuestas a un público más amplio, con miras a estructurar un contenido que sirva como herramienta de educación para operar en tres vías: prevención de nuevas situaciones de vulneración de derechos; empoderamiento sobre los derechos que amparan a la colectividad; y como herramienta para

robustecer “procesos de reforma y democratización de las instituciones”¹⁶.

Cuando los puntos de memoria se ubiquen en sitios donde se cometieron los abusos, “los Estados deben adoptar decisiones judiciales, legales, administrativas, o de cualquier otra índole que fueran necesarias para garantizar su aseguramiento físico”¹⁷, en tanto que no es recomendable trastocar el valor probatorio que algunos predios, inmediaciones o instalaciones podrían contener. Finalmente, y en consideración de que muchos centros de la memoria fungan también como centros de archivo de evidencias o documentos con carga probatoria, Pablo de Greiff, relator especial de la Organización de las Naciones Unidas, ha recomendado que su acceso se vuelva público y que, lejos de resguardarse, puedan ser ofrecidos a académicos, tesisistas e investigadores varios, para que el conocimiento sobre las atrocidades no solo conmueva a un público general, sino que pueda generar reflexiones y análisis de diversos talentos (Greiff 2014).

CONCLUSIONES

Sobre la necesidad de una reparación integral: La dimensión monetaria y pecuniaria es un aspecto importante dentro de los procesos de restitución de víctimas; sin embargo, por sí misma no alcanza a subsanar la totalidad de secuelas causadas por una grave violación de derechos humanos, toda vez que el impacto sufrido no recae únicamente sobre el patrimonio de las personas. Las medidas de restitución simbólicas buscan la redención de la honra, la recuperación de la verdad y el buen nombre, no para la víctima aisladamente, sino como un sujeto de derechos que es parte de un tejido social, pues en su integración en el seno de éste, dichos derechos cobran su auténtica significación. El valor de tales medidas reside en que, al tiempo que le permite a la víctima y a sus familiares rectificar la verdad de los hechos suscitados, alerta a la

colectividad entera sobre el crimen en aras de prevenir actos violatorios semejantes a futuro.

Sobre el arte como herramienta efectiva para la transformación de la memoria: A partir de la teoría estética del arte revisada y del valor de la imagen artística, se desprende que las medidas reparatorias que no incluyen un componente artístico, es decir, que no configuran imágenes, sino que únicamente condecoran, honran, reconocen o se disculpan por medio de la palabra escrita o hablada, tienen un valor social y político importante. Además, estas no son efectivas para lograr que la sociedad incorpore un nuevo relato dentro de la historia colectiva, por la despersonalización que se hace de las víctimas, por la supresión de su imagen con valor simbólico y por su incapacidad para

¹⁶ MERCOSUR, op. cit.

¹⁷ MERCOSUR, *Ibíd.*

conmover por medio de verbalizaciones taxativas. Un ejemplo de este fenómeno son las diversas placas conmemorativas que se han erigido en el Ecuador y que son uno de los métodos más frecuentes cuando se trata de recuperar a las víctimas en su dimensión moral.

Sobre la necesidad de un Centro de Memoria en el Ecuador: Además de encontrarnos ante el flagrante incumplimiento del mandato de la Ley de víctimas, que dictamina la creación inmediata de un Centro de la Memoria en el Ecuador, se puede decir, desde el plano pragmático, que tal ausencia genera una difuminación

de las pocas experiencias de recuperación de la memoria que se dan en honor de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos en nuestro país, que terminan por ser esfuerzos aislados; una diáspora de actos ejecutados desde el poder y bajo su lógica, que no encuentran conexión unas con otras y que reclaman, desde su aislamiento, de unos ciertos parámetros cohesionadores, a nivel técnico, político, estético y jurídico, que podrían ser emanados por parte del tan anhelado Centro de la Memoria en el Ecuador y que potenciarían, de forma técnica, las remediaciones exigidas jurídicamente, en colaboración con las diversas artes y estéticas.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor. 2009. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* 63: 61–138.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2005. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.
- <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx> (consultada el 7 de marzo de 2018).
- Andruchow, María. 2017. *Eje conceptual: El arte como materialización del mito y la acción ritual*. La Plata: Facultad de Bellas Artes de la Universidad de la Plata.
- Arcos Palma, Ricardo. 2009. La estética y su dimensión política según Jacques Rancière. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-75502009000200010&lng=en&tlng=es (consultada el 7 marzo de 2018).
- Benjamin, Walter. 2003. *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*. México D.F.: Itaca.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Masacres de El Mozote vs. El Salvador. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf (consultada el 18 de marzo de 2018)
- Derrida, Jacques y Bernard Stiegler. 2002. *Echographies of Television: Filmed Interviews*. Cambridge: Polity Press.
- Dubatti, Jorge. 2014. *Filosofía del teatro III: El teatro de los muertos*. Buenos Aires: Atuel.
- Greiff, Pablo. 2014. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Madrid: ONU.
- Grimoldi, María Inés. 2010. *Memoria y recuerdo en la obra de Walter Benjamin: Resignificar el pasado, mirar*. Buenos Aires: Centro Cultural de la Memoria Harold Conti.
- Guerrero, Freddy. 2009. *Memoria y excepcionalidad en el Alto Sinú: Los límites y alcances de la re-presentación*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. 2012. Principios fundamentales para las políticas públicas en materia de sitios de memoria. <http://www.ippdh.mercosur.int/principios-fundamentales-para-las-politicas-publicas-en-materia-de-sitios-de-memoria/> (consultada el 21 de marzo de 2018).
- Ley N° 0 para la reparación de las víctimas y la judicialización de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008. <http://www.dpe.gob.ec/wpcontent/dptransparencia2014/literala/BaseLegalQueRigeLaInstitucion/LeyReparacionDeVictimas.pdf> (consultada el 18 de marzo de 2018)
- Mate, Reyes. 2006. *Media noche en la historia: Comentarios a las tesis de Walter Benjamin sobre el concepto de la historia*. Madrid: Trotta.
- Nino, Carlos. 2006. *El juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel.
- Nolá, Pierre. 2008. *Los lugares de la memoria*. Montevideo: Trilce.

- Organización de Estados Americanos. 2010. *Educación, memoria y derechos humanos: Orientaciones pedagógicas y recomendaciones para su enseñanza*. Buenos Aires: Ministerio de Educación de Argentina.
- Pinilla, Ricardo. 2010. Los espacios de la memoria en la obra de Walter Benjamin. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx> (consultada el 21 de marzo de 2018).
- Ranciere, Jacques. 2011. *El destino de las imágenes*. Buenos Aires: Prometeo.
- Rousset, Andrés. 2011. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos* 2250 (50): 59–79.

ENTREVISTA

no/da.

**LIBERALISMO Y RELIGIÓN CATÓLICA EN EL ECUADOR DEL SIGLO XIX
ENTREVISTA A LA HISTORIADORA ECUATORIANA GALAXIS BORJA GONZÁLEZ***

**LIBERALISM AND CATHOLIC RELIGION IN THE XIX CENTURY ECUADOR
INTERVIEW TO THE ECUADORIAN HISTORIAN GALAXIS BORJA GONZÁLEZ**

**LIBERALISMO E RELIGIÃO CATÓLICA NO EQUADOR DO SÉCULO XIX
ENTREVISTA COM A HISTORIADORA EQUATORIANA GALAXIS BORJA GONZALEZ**

*Diego Jadán Heredia***

Entrevista realizada en noviembre de 2018

* La profesora Galaxis Borja González es doctora y maestra en Historia por la Universidad de Hamburgo, Alemania; docente del Área de Historia de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador; actualmente coordina la Maestría en Investigación en Historia de la misma casa de estudios.

** Doctor (c) en Filosofía por la Universidad de Sevilla, España; ha sido docente investigador en la Universidad de Cuenca; actualmente es director del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

Escuché a Galaxis Borja González en el X Congreso Ecuatoriano de Historia que se llevó a cabo a finales de octubre, en la Universidad de Cuenca; habló de la historia conceptual de las voces liberal y liberalismo en el Ecuador durante el siglo XIX. Su rigurosidad en el manejo del lenguaje, así como su conocimiento en este campo de lo que se denomina nueva historia política, merecían una conversación algo más profunda que relacione el tema con otros conceptos de uso cotidiano entre abogados y abogadas pero investidos de historia. Me recibe en su despacho en la Universidad Andina Simón Bolívar, en Quito; un verdadero laboratorio lleno de objetos propios del oficio de historiar. Acudo a ella por dos razones; la primera porque el estudio del Derecho se enriquece si se miran otros campos que lo contextualicen y nos ayuden a comprender sus características; la segunda porque, siguiendo a Nietzsche, no se puede estudiar al ser humano y a sus creaciones sin sentido histórico, el *hombre* ha devenido no es una *aeterna veritas*. Razones suficientes para valorar la pertinencia de entrevistar, para una revista de estudios jurídicos, a una historiadora.

En el siglo XXI es usual escuchar el debate entre personas que se consideran liberales y otras conservadoras en relación con el Estado, el papel de la religión y los derechos humanos; temas que más allá de ser jurídicos o políticos tienen relevancia filosófica e histórica; es decir, se vinculan con ideas y conceptos históricos y contextuales. Eso sucede, por ejemplo, con el liberalismo, el conservadurismo y el republicanismo, teorías políticas acuñadas -en su expresión moderna- durante el siglo XIX y que representan concepciones distintas sobre el papel del Estado, la sociedad civil, los derechos civiles y políticos, ¿Cómo se plasman esas ideas en nuestra región? Sobre este tema iniciamos la conversación.

DIEGO JADÁN HEREDIA (DJH): En las clases de Historia, cuando se enseñaba la evolución del Estado, era usual que no se distinga la de Ecuador de la que, supuestamente, sucedió en Europa; es decir, el Estado ecuatoriano en el siglo XIX era moderno y liberal, con separación de poderes y la iglesia y el Estado finalmente se habían escindido. ¿Cuál era la realidad política de nuestro país a inicios de su vida republicana?

GALAXIS BORJA GONZÁLEZ (GBG): Creo que uno de los grandes aportes que ha hecho la historiografía desde finales de la década de 1980 consistió en pensar los procesos revolucionarios y políticos de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX en clave transnacional e interconectada. Uno de sus resultados de esta nueva manera de abordar los procesos históricos en Hispanoamérica fue el diálogo muy productivo con lo que se denomina Historia Atlántica y situar los procesos de creación y formación de las repúblicas latinoamericanas en el marco explicativo del espacio atlántico. La denominada Nueva Historia política latinoamericana estudia por ejemplo, las redes transnacionales y transcontinentales en las que actuaron letrados, publicistas y artistas de ambos lados del Atlántico, y dentro de las cuales la prensa jugó un papel protagónico. Examina también las diversas formas de apropiación a nivel local de vocabularios, discursos y prácticas de representación y legitimación, y las maneras cómo se dieron intercambios culturales y experiencias políticas compartidas entre las metrópolis europeas y los territorios americanos. En este contexto atlántico, la denominada Modernidad política se instala como un fenómeno que no puede explicarse a partir de procesos y fronteras nacionales, sino más bien como una dinámica compartida al interior del espacio atlántico, y que si bien supone distintas dinámicas de apropiación, velocidades y matices, pero que se construye a partir de una matriz común.

Durante las primeras décadas de vida republicana, el Ecuador se encontraba a caballo entre una configuración política moderna y la pervivencia de estructuras coloniales. Podemos decir que se trataba de un Estado moderno porque las primeras Constituciones suscribieron los principios liberales expuestos en las constituciones de Cádiz (1812) y de Cúcuta (1822)—es decir compartían los principios de la nación como el lugar de la soberanía, la división de poderes, la existencia de libertades (de prensa, de asociación, de comercio, etc.) y de prácticas de representación y elección; en este sentido los gobiernos de Flores y Rocafuerte hicieron un esfuerzo importante por institucionalizar el Estado, por crear leyes, instancias administrativas, e incluso por fomentar a la prensa y a la opinión pública como espacios generadoras de legitimación política. Sin embargo, durante la primera mitad del siglo XIX,

pervivieron también estructuras del antiguo régimen. Así por ejemplo códigos normativos heredados de la época colonial que convivían con aquellos de impronta republicana; también las elites políticas, militares y burocráticas que habían servido al imperio español, forman parte de las nuevas instituciones; y se mantienen sobre todo, las estructuras sociales, las jerarquías raciales y étnicas, la distinciones de género, estamentales y de clase que habían regido en la Colonia.

Pero más allá de intentar membretar a las sociedades latinoamericanas, y pretender clasificarlas, lo interesante de este periodo, es que se trata de un periodo de transición en el cual se están no solo resignificando antiguos lenguajes y prácticas, sino también creando nuevos conceptos y usos. El historiador François-Xavier Guerra nos dice al respecto que las repúblicas latinoamericanas se convirtieron en laboratorios políticos, de invención y resignificación de conceptos, símbolos, instituciones, etc.

DJH: Sin embargo, ¿el concepto de liberalismo se puede considerar europeo o las nuevas repúblicas americanas influyeron también en esa categoría?

GBG: Los primeros en llamarse liberales fueron los diputados que participaron en la asamblea constituyente, reunida en Cádiz en 1812, tras desatarse la acefalía de la Monarquía española y los sucesos de Bayona; fue en aquella constituyente donde una fracción se define como liberales en términos de un proyecto político, enfatizando en la soberanía nacional y la división de poderes.

De esa experiencia no participaron exclusivamente liberales de la metrópoli; sino también letrados hispanoamericanos: entre ellos, José Mejía Lequerica y José Joaquín de Olmedo, junto a representantes de Nueva España, Santa Fe, Cuba, Chile, Buenos Aires, Guatemala, Caracas, entre otros. En Cádiz se acuña el término “liberal” para definir una postura política, que no es exclusivamente europea, porque se elabora de cara a la crisis monárquica, pero también, a los movimientos insurgentes que ya para la primera década del siglo XIX estaban presentes en las colonias americanas y que ocuparon una parte de los debates gaditanos.

DJH: Personajes como Mejía Lequerica y Rocafuerte, son entonces nuestros referentes al momento de pensar en el desarrollo del pensamiento político en el siglo XIX.

GBG: Así es, pero son personajes cuyo pensamiento y accionar no pueden explicarse solamente a partir de su lugar de nacimiento. Rocafuerte nació en Guayaquil, fue el segundo presidente del recién constituido Ecuador, pero sus recorridos intelectuales y experiencias políticas transgredieron lo nacional; Rocafuerte vivió y escribió desde España, México, Estados Unidos y Cuba, era un políglota, prestó servicios como diplomático a distintos gobiernos hispanoamericanos, en definitiva era un liberal cosmopolita cuyo espacio de acción se situaba precisamente en esas redes transnacionales y transcontinentales mencionadas al inicio de esta conversación.

DJH: Dialogan, entonces, con los pensadores franceses y norteamericanos, más allá incluso del idioma.

GBG: Los letrados hispanoamericanos están interlocutando de manera regular con sus pares europeos y anglosajones, independientemente del idioma y de sus lugares de origen. Y es que más allá de las barreras del lenguaje, estos personajes constituyen comunidades cosmopolitas de letrados, que comparten textos, prácticas de sociabilidad y discusión, y experiencias políticas. Por citar un ejemplo: durante la década de 1850 los liberales andinos: desde Nueva Granada hasta Chile, formaron parte de redes y sociabilidades transnacionales, conformadas por políticos militantes, publicistas, educadores y novelistas que intercambiaban cartas, periódicos y proclamas, fundaron asociaciones y logias masónicas, y miraron atenta y críticamente –a menudo también con temor– las experiencias revolucionarias y liberales en otras regiones del Atlántico, por ejemplo en Estados Unidos y Francia.

DJH: ¿Se puede decir que un rasgo del liberalismo y de las nuevas repúblicas es el temor a las mayorías?

GBG: Sí. El proyecto republicano liberal si bien defiende las libertades (de expresión, de imprenta, de asociación y de comercio), plantea a la vez contradicciones

difíciles de superar, sobre todo en cuanto al estatus de ciudadanía y las prácticas de representación. Habíamos dicho que el principal enunciado del liberalismo político fue el de que la soberanía residía en la Nación, que a su vez estaba conformada por el pueblo; es decir, el pueblo como el nuevo soberano. El problema está en que las elites desconfiaban de eso que llamaban “plebe”, “muchedumbre” “populacho”; y tuvieron que enfrentarse al dilema sobre cómo construir un nuevo tipo de representación, que aun cuando se legitimara en la figura del pueblo, no afecte a sus privilegios y jerarquías, muchos de ellos de origen colonial. La primera mitad del siglo XIX está atravesada por el debate sobre qué es lo que se debe privilegiar: ¿si las libertades o el orden? ¿Quiénes debían acceder a qué tipo de libertades? ¿Todos los habitantes de un territorio, o solo aquellos que ostentaban el estatus de ciudadano? Y, ¿cómo conjugar la necesidad de construir legitimación en un nuevo orden político, cuando la mayoría de la población no tenía acceso a la ciudadanía? La educación fue una temática crucial en este debate. Se trataba de educar a los nuevos ciudadanos, de enseñarles a leer y a escribir e inculcarlos en los valores de la civilización, el trabajo y el progreso; en definitiva, un esfuerzo por controlar y disciplinar a estos sujetos, en quienes -al menos en términos discursivos-, debía residir la soberanía.

DJH: Revisaba sus publicaciones y recordé a Eric Hobsbawm y la historia desde abajo o la historia de la gente corriente, caigo en la cuenta de que mis preguntas no se refieren a ella; estos discursos políticos a los que me he referido ¿juegan algún papel en el pueblo llano o esas son exclusivamente preocupaciones aristócratas y burguesas?

GBG: La primera pregunta que habría que hacerse ahí es qué o quién es lo que los historiadores y científicos sociales denominamos “el pueblo”. Creo que “el pueblo” es más bien una construcción, una abstracción que arroja más preguntas que certezas, y que ha servido más a las ideologías que la reflexión científica. ¿Quiénes son eso que llamamos “el pueblo”? ¿Los habitantes de un territorio, la sociedad civil, los subalternos, indígenas, campesinos, desempleados, analfabetos? Y si todos ellos hacen “el pueblo” ¿en oposición a qué o a quiénes lo definimos?

Personalmente me siento más a gusto con aquellas perspectivas historiográficas, que elaboran sus explicaciones a partir de la identificación de sujetos concretos: por ejemplo, los artistas, los maestros, las mujeres obreras en un momento y lugar determinados; examinan sus maneras concretas de resolver sus vidas y sus relaciones con el poder; relaciones que son de resistencia, de adaptación, de apropiación; que son conflictivas, pero que también que demuestran la capacidad de los sujetos de negociar con el poder, de hacer concesiones, y exigir algo a cambio. Estudiar los discursos políticos nos permite comprender no solamente cómo es que las elites letradas y políticas usaron estos vocabularios y retóricas, sino también cómo es que estos lenguajes entraron a formar parte de los horizontes comunicativos y simbólicos de sectores de la población que aun sin ostentar puestos y funciones de poder, estaban reflexionando sobre sus relaciones con la autoridad, el Estado, el municipio, la Iglesia; y elaboraron estrategias y formas de actuar frente al mismo. El estudio de las asociaciones de artesanos en Ecuador de la primera mitad del siglo XIX nos permite, por ejemplo, comprender no solo las experiencias organizacionales de este segmento de la población, sino también los distintos usos políticos y retóricos que los socios dieron a las voces “república liberal”, “democracia”, “ciudadanía”, etc., así como las prácticas políticas que se articularon a estos lenguajes.

DJH: En el ámbito de la filosofía se dice que la Modernidad del siglo XIX implicó la secularización del Estado, pero nosotros tuvimos gobiernos signados por el catolicismo, quizás el más recordado es Gabriel García Moreno y la consagración de Ecuador al Sagrado Corazón de Jesús; ¿el matrimonio entre catolicismo y Estado no fue cuestionado en el siglo XIX?

GBG: La creación de las repúblicas latinoamericanas implicó también rediseñar la relación entre Iglesia y Estado. Para el caso ecuatoriano, considero que no es posible hablar de una conexión automática entre liberalismos, posiciones anticlericales y procesos de secularización. Por poner un ejemplo: Durante los gobiernos marcistas, especialmente durante los periodos presidenciales de José María Urbina y Francisco Robles, los liberales radicales usaban las fórmulas de

“evangelio democrático” y de “cristianismo republicano” para referirse al lugar de la religión en la construcción del mundo social, y recordemos que fue precisamente a inicios de la década de 1850 que se impulsó la beatificación de Mariana de Jesús y el reconocimiento de la Virgen de la Inmaculada como patrona de Quito.

El historiador colombiano Gilberto Loaiza afirma que en la región andina se dieron tres procesos centrales, de larga duración, que signaron las experiencias republicanas; uno de ellos fue el del catolicismo. Las sociedades en el espacio andino fueron fundamentalmente católicas. Es decir, los sujetos que habitaron estos territorios organizaron sus vidas y las dotaron de sentido a partir de los principios y valores católicos. Los procesos de secularización del Estado no ocurrieron al margen de estas experiencias y sentimientos, como tampoco los negaron o pretendieron disolverlos. La Iglesia ha sido un factor nuclear en la construcción de lo social en el mundo andino. Ello no quiere decir, sin embargo, que la relación entre Estado e Iglesia haya sido siempre armónica, o por el contrario, se explique solamente a partir de la dicotomía imposición-subordinación. Precisamente el periodo garciano nos muestra los esfuerzos desde el Estado por negociar con la Iglesia: sujetándola a la lógica estatal, sí, pero también asignando a las instancias religiosas, especialmente a los órdenes, un papel protagónico en la construcción simbólica de la Nación. La comunidad política que García Moreno buscó crear fue la de una “nación católica”, proyecto que a su vez se inscribía en lo que Juan Manguashca y Ana Buriano han denominado Modernidad católica. Además de la suscripción del Concordato en 1862 y de la Consagración al Sagrado Corazón de Jesús en 1873, vale también recordar que el Ecuador fue el único país que envió fondos al Vaticano, como una manera de apoyar a los Estados pontificios frente a las pretensiones de anexión de la república italiana. Secularización no significaba divorcio, pero sí un rediseño de las relaciones entre estos dos ámbitos.

De hecho, tal como lo han demostrado historiadoras como Elisa Cárdenas en México, es imposible pensar la construcción del Estado latinoamericano, como también de los otros ámbitos políticos, sin el papel de la Iglesia y la religión católica. Han sido más bien las

historiografías, sobre todo aquellas liberales y marxistas, las que han pretendido situar al catolicismo como la opuesto a la Modernidad, a los ideales de progreso y revolución; y han pretendido sin demonizar su influencia en las sociedades latinoamericanas, al menos ignorarlas. Pero ojo incluso durante las últimas décadas del siglo XIX, cuando la relación entre Iglesia y Estado se vuelve más tensa, existieron grupos de liberales, que se autodenominaron liberales católicos.

DJH: Octavio Paz habla en “El laberinto de la soledad” de que los principios del liberalismo en el siglo XIX, en relación con México, significaban una triple negación: la de nuestro pasado indígena, la de nuestro mestizaje español y la de la religión católica; sin embargo, dice Paz, la tercera de ellas nunca pudo darse; el pueblo mexicano continuó siendo profundamente religioso. ¿Cree que esta idea pueda aplicarse también al caso ecuatoriano?

GBG: Personalmente pienso que habría que relativizar las afirmaciones de Octavio Paz, y someterlas a un examen histórico, que dé cuenta de las condiciones concretas en que se producen las relaciones entre gobiernos liberales y sociedades indígenas. Para el caso ecuatoriano, los historiadores William Derek y Valeria Coronel han demostrado como los gobiernos liberales de Urbina y Robles negociaron con las comunidades indígenas con la finalidad de obtener su apoyo frente a los sectores hacendatarios de la sierra.

Recordemos que en la década de 1850 se promulgan el decreto de supresión de las protectorías de indígenas (1854) y del tributo indígena (1857); Urbina incluye, además, a la propiedad comunitaria indígena como una de las formas de propiedad reconocidas por el Estado, durante su gobierno se impulsó leyes que garanticen el acceso de las comunidades campesinas a las fuentes de agua y se enfatizó en el deber de los agentes del Estado de defender los derechos indígenas. Williams y Coronel hablan de un proyecto liberal que contemplaba una dimensión étnica y popular, sin desconocer por ello, las relaciones de dominación, desigualdad y racismo a las que estuvo sometido el mundo indígena, no solamente durante los gobiernos liberales, sino durante todo el siglo XIX.

Los regímenes nacidos con la Revolución de Marzo de 1845 van a pretender, es cierto, romper de manera radical con el pasado colonial. Este es un elemento común de los gobiernos liberales de la primera mitad del siglo XIX en toda Hispanoamérica. Los marcistas incluso buscaron introducir un nuevo conteo del tiempo, al estilo de los revolucionarios franceses. Así el primer año de la libertad empezaba con el primer año de gobierno de Vicente Ramón Roca. Para los liberales radicales, el pasado colonial representaba todo aquello que había que desechar para alcanzar así los ideales de progreso, igualdad, democracia, y colocarse al mismo nivel civilizatorio de los pares europeos. Esto fue sin embargo más un discurso que una práctica, por razones obvias. Por ejemplo, el decreto de expulsión de los jesuitas de 1852 se sustentaba en una disposición colonial: la Pragmática Sanción de 1767 promulgada por Carlos III.

Otro ámbito donde puede observarse esta ruptura con el pasado colonial, es el de los imaginarios artísticos y arquitectónicos y la construcción de la memoria colectiva. Los liberales quiteños por ejemplo se propusieron el derrocamiento de edificios coloniales ubicadas centro de la ciudad, y edificar en lugar de ello, casas y fachadas de estilo neoclásico. No obstante, a la par que buscaban desaparecer las huellas coloniales de la ciudad, los mismos sujetos liberales promovieron la publicación de la Historia del Reino de Quito del jesuita Juan de Velasco.

DJH: Recordando nuevamente a Hobsbawm, él sostiene que la historia es la materia prima de la que se nutren las ideologías nacionalistas “y cuando no hay un pasado que resulte adecuado (para estos grupos), siempre es posible inventarlo”; ¿qué papel jugó la historia en la consolidación del Estado ecuatoriano?

GBG: Las naciones no están dadas, sino que se encuentran en permanente creación y transformación. Son construcciones en un doble sentido: en primer lugar, porque son procesos históricos, y como tal responden a condiciones particulares en un lugar y momento determinado; pero las naciones también son construcciones porque constituyen uno de los objetos de estudio del investigador; en ese sentido son el re-

sultado de una operación intelectual. La historia del Estado-nación está entonces estrechamente anudada con la historia como disciplina. Cuando a finales del siglo XIX la historia se convierte en una profesión que se ejerce en los centros universitarios, sobre todo europeos, los historiadores privilegiaron el estudio del Estado-nación puesto que lo consideraban como la configuración política ideal y a la que todas las sociedades debían inevitablemente arribar.

Para el caso ecuatoriano, la profesionalización de la historia ocurrió recién en la segunda mitad del siglo XX, aun así, estuvo también marcada por este fuerte interés por pensar el Estado en términos de identidad nacional. Nuestra academia ha demorado, y en algunos casos, desconfía aun de estudios historiográficos que buscan salirse de los marcos explicativos nacionalistas, y pensar los procesos históricos, por ejemplo la configuración del Estado, en términos transnacionales e interconectados con otras realidades y dinámicas que van allá de las fronteras territoriales. La movilización indígena de las décadas de 1980 y 1990, así como también los nuevos debates en la disciplina histórica nos ha permitido además situar de mejor manera el concepto de nación, y desmarcarnos de la premisa decimonónica de que el Estado-nación constituye la única comunidad política posible.

DJH: Para finalizar, una pregunta más bien teórica. Viendo la historia republicana de Ecuador, parece que siempre regresamos al pasado, como que los ciclos se repiten; ¿la historia tiene un sentido, una dirección?

GBG: Digamos que la idea de que la historia tiene un sentido preconcebido y sigue una sola dirección, está inscrita en lo que se llama la filosofía de la historia. Esta forma de abordar la historia se quiebra, por así decirlo, a partir de la Segunda Guerra mundial, como resultado de todas las crisis que ésta presupone no solo a nivel social, sino también en el campo de la producción intelectual y científica. Los acontecimientos políticos en Europa, pero también en Latinoamérica que marcaron la segunda mitad del siglo XX: por ejemplo los movimientos étnicos y de mujeres, las guerras de liberación nacional, la movilización contra las dictaduras y los fascismos, la caída del muro de Berlín y el cues-

tionamiento a los meta-relatos, impulsaron nuevas maneras, más plurales y más fragmentadas a la vez, de pensar los procesos históricos. No existe una sola vía de desarrollo, sino varias; y las relaciones causa-efecto no son siempre suficientes para comprender las acciones de los seres humanos. Por lo tanto, la historia no se repite como plantea la pregunta; de hecho, los procesos sociales -precisamente porque se encuentran en permanente construcción y se deben por lo tanto a las condiciones concretas en las cuales ocurren- son en sí mismos, específicos y particulares. En lugar de que suponer la existencia de ciclos que se repiten, de lo que se trata es de estudiar las condiciones de posibilidad que dieron lugar a dinámicas sociales determinadas en situaciones particulares. Creo que uno de los grandes

aportes de la disciplina histórica de estas últimas décadas consiste en que nos invita a reconocer y comprender las distintas formas en las cuales los sujetos han vivido y resuelto sus vidas, las prácticas de creación y recreación material y simbólica que hicieron posible sus existencias, los lenguajes e imaginarios que usaron para darle sentido. La reflexión histórica parte de la premisa de la distancia cultural entre el investigador y el sujeto histórico; no se trata de emitir juicios de valor o de formular predicciones de lo que va a suceder, sino más bien de ampliar – en clave histórica- los niveles de comprensión de lo social, contribuir con herramientas intelectuales para pensar nuestros propios presentes, reconociendo la diversidad, pluralidad y especificidad de las experiencias históricas.

RESEÑA

Handwritten signature or stylized text in light gray.

LOS AFECTOS DE LA POLÍTICA

Frédéric Lordon



*Pamela Jijón**

* Licenciada en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Magister y Doctora en Filosofía por la Universidad París 8. Es actualmente docente a tiempo completo de la facultad de Derecho de la Universidad de las Américas.

Frédéric Lordon, economista y filósofo francés, publica en 2016 su ensayo *Los afectos de la política* en la editorial Seuil. Este importante texto de pensamiento crítico contemporáneo ha sido traducido al español por la editorial Prensas de la Universidad de Zaragoza en 2017. El libro de 220 páginas, se compone de tres partes, cada una de ellas estructurada en varios subcapítulos.

Desde sus textos anteriores, que esperamos no tarden en ser traducidos al castellano, *Capitalisme, désir et servitude. Marx et Spinoza* (La Fabrique, 2010) y *La société des affects. Pour un structuralisme des passions* (Le Seuil 2013), Lordon ha buscado construir lo que llama un estructuralismo de las pasiones. En herencia del pensamiento spinozista, oponiéndose al cartesianismo y al estructuralismo, Lordon plantea la no separación entre idea y afecto. Lo que conduce el mundo, no son las ideas aisladas, sino el complejo que estas forman con los afectos que las vehiculan.

¿Qué origina la acción política? ¿Qué explica que una acción se desencadene o no? ¿Ante qué injusticias un pueblo se levanta y ante cuáles se resigna? Estas son algunas preguntas que han interesado a lo largo de la historia a las ciencias sociales en general. Hoy, con los movimientos de las plazas, la primavera árabe, el levantamiento de los indignados, estas preguntas retoman fuerza y actualidad. Lordon encuentra una propuesta interpretativa de la acción política en el aparatage teórico de Spinoza.

Así, la primera parte del libro, titulada *Afectos, ideas, ingenium*, inicia con la exposición de los conceptos clave del pensamiento spinozista, como afecto, conatus e ingenium. Siendo el primero el nombre general dado al efecto que sigue al ejercicio de una potencia, una cosa ejerce su potencia sobre otra, y esta última es modificada; afecto es el nombre de esta modificación. El segundo es la potencia que hace posible la acción. El ingenium por su parte, es el conjunto de nuestras susceptibilidades afectivas, es el terreno fértil que recibe los afectos externos; cada uno tiene un ingenium propio. El ingenium es político, porque implica nuestra capacidad de juzgar y en política el juicio es fundamental.

Una vez colocado el marco teórico, la segunda parte del texto, *La política un ars affectandi*, permite el desarrollo de la tesis central del autor: la política es un espacio de afectación. En política cuenta el efecto que producimos con nuestra acción, el afecto. Apoyándose en ejemplos concretos, Lordon muestra cómo no han sido las condiciones materiales de existencia las que han determinado la política sino que han sido los complejos ideas-afectos. La política es el espacio de empoderamiento de las ideas-afectos. Ahí está para el autor el centro de todo activismo político: hacer potentes las ideas que parecen impotentes ante el sistema establecido. Y es en este contexto que la economía de la visibilidad cobra toda su fuerza. Ante la distorsión de lo mostrado por el sistema político neoliberal, se debe exponer las imágenes faltantes. Es a través de la visión y confrontación con estas imágenes que las ideas se potencian y el sujeto se abre a nuevos pliegues de su ingenium y se ve afectado. Se trata entonces de generar imágenes que sean capaces de bajar el límite a partir del cual se desencadena la indignación.

El tercer momento del libro, titulado *Pasiones sediciosas*, propone varias críticas, primero al pesimismo del estructuralismo de Bourdieu, y luego a la apología de la libertad. A los que opone el determinismo spinozista, que consiste en pensar que hay causas que determinan un cambio de dirección. Este análisis lo lleva a plantear la precariedad pasional de las instituciones, y por lo tanto del Estado que puede, si los seres que lo componen lo desean, cambiar totalmente de forma. Las acciones no son guiadas por una libertad sin causa. Las acciones políticas son el resultado de la acumulación de afectaciones en el ingenium de los miembros de una colectividad. Y es justamente esta afectación la que determina la relación con las instituciones. De ahí su crítica al concepto de legitimidad, que no permite dar cuenta de esta relación de potencias y poder.

Finalmente, el libro concluye con la puesta en práctica del aparato conceptual expuesto en el análisis de casos concretos, como la crisis griega o las revueltas en Turquía; para terminar con un tono activista que incita a encontrar los métodos de empoderamiento de las ideas para poner fin a la hegemonía neoliberal de los posibles.

El libro de Lordon es fundamental para el pensamiento crítico contemporáneo. Las ciencias sociales en general y el derecho en particular, no pueden esquivar esta propuesta que permite entender la complejidad de la acción colectiva, social y política. Es un instrumento pertinente cuando se trata de oponerse a la exacerbada tecnocracia y racionalidad política neoliberal. Sin

embargo, pese a ser una propuesta radical de repensar la política, esta se enmarca de todas formas dentro del plano de la institucionalidad.

Queda entonces como apertura crítica el poner en diálogo a este autor con otras propuestas filosóficas como las planteadas por Castoriadis o Lefort, por ejemplo.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos es la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas. *Cálamo* es una revista especializada en Estudios Jurídicos pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten para el conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

Política por secciones

Todas las contribuciones recibidas, una vez validadas por el Comité editorial de *Cálamo*, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares.

Dossier: Es la sección principal de la revista. Los artículos que se publican bajo este rubro giran en torno a la temática principal que es el hilo conductor del número en cuestión. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los artículos deben ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Ensayos: En esta sección se publican ensayos de diversas temáticas, independientes al tema central del Dossier. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los ensayos deben ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho o figuras públicas vinculadas al escenario jurídico y político del país. Se reciben entrevistas realizadas por académicos internos y externos a la institución. Las mismas deben ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Se privilegian aquellas entrevistas relacionadas con el tema central del Dossier.

Reseña: Es una breve evaluación crítica o análisis reflexivo de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Las reseñas deben ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Normas de publicación

Requisitos para las secciones de Dossier y Ensayos

- El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios, en español y en inglés.
- Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título del mismo; en español y en inglés.

- El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Sin embargo, si el editor sugiere cambios, serán aplicados en mutuo acuerdo.
- El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- La extensión de los artículos será de 30.000 a 45.000 cce (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).
- El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- El Centro de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como recibidos y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus escritores.

Requisitos para las secciones de Reseñas

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier, en el caso de las Reseñas:

- No deben contar con resumen.
- Deben presentar los siguientes datos técnicos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, páginas de que consta. Luego puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. También debe presentar la portada escaneada de la publicación.
- Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.
- Por último, deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.
- Tendrán una extensión de entre 3.000 y 5.000 cce (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).

Orientaciones para los autores

Los artículos deben ser originales e inéditos, lo cual implica que, al momento de la recepción del artículo por el Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho, no habrán sido entregados a otra revista para su evaluación y publicación.

El autor deberá remitir junto al artículo un FORMULARIO DE AUTOR que será facilitado por la coordinación editorial de la revista, donde especifique su grado académico/ institución a la que se encuentra vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o electrónica). Además, debe indicar si desea que se publique su correo electrónico en el artículo.



udla.

P.V.P. US \$10,00