

UNIVERSALISMO Y REGIONALISMO

MARÍA DEL LUJÁN FLORES*

* Representante Permanente de Uruguay ante la OEA. Las opiniones vertidas son de índole estrictamente personal.

I. Universalismo

El orden jurídico está condicionado por la realidad social, por consiguiente si esta cambia también en él habrá una transformación. La comunidad internacional se rige en su accionar por las normas de Derecho Internacional cuyo carácter universal está directamente vinculado con la sociedad a la que se aplica.

Con la aparición de los Estados soberanos a mediados del siglo XV y la Paz de Westfalia en 1648 se marca el inicio en el Occidente de un proceso que tendrá como resultado la sociedad internacional contemporánea y la universalización de sus valores, instituciones y prácticas.

El por qué fue la sociedad europea y no cualquiera de las otras sociedades regionales la que se expandió y universalizó ha sido objeto de estudios y debates que no abordaremos en este momento. Lo cierto es que fue el estándar europeo de civilización el adoptado para ser admitido en la sociedad internacional y el que se aplicó más allá del Occidente cristiano. El sirvió de fundamento para la expansión colonialista en África, Asia y Oceanía, siendo utilizado con fines económicos para obtener materias primas, apertura de mercados y base para el crecimiento industrial y comercial.

Para algunos autores es recién a mediados del Siglo XX que la universalización de la sociedad y el Derecho Internacional tienen lugar pues es en ese momento que se dejan de lado los estándares civilizatorios para justificar la negación de los derechos de soberanía y por tanto de igualdad a los pueblos autóctonos ¹. Fue en ese período que el principio de libre determinación triunfó frente al colonialismo. A tal punto estaba arraigado el concepto de naciones civilizadas que el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia que luego pasó a regir para la Corte Internacional de Justicia hace mención en su artículo 38.1.c a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas como una fuente formal del Derecho Internacional, concepto que fue reinterpretado como referido a los principales sistemas jurídicos. Por su parte la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960 en su numeral 3 es concluyente al afirmar que la falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá servir nunca de pretexto para retrasar la independencia. Es decir que dicha calidad es propia del Estado por el hecho de ser tal.

¹ Antonio Remiro Brotóns, *Universalismo, Multilateralismo, Regionalismo y Unilateralismo en el Nuevo Orden Internacional*. R.E.D. I., vol .LI (1999), 1

La universalización buscó consolidarse a través de la aplicación de las normas y principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas y en declaraciones posteriores como la contenida en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General del 24 de octubre de 1970 sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Dicha resolución fue el resultado de la labor desarrollada durante siete años por consenso por un Comité Especial de la VI Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas integrado por los representantes de todos los grupos y tendencias. Su texto que fue adoptado por aclamación declara que los principios de la Carta incorporados en la Declaración constituyen principios básicos de Derecho Internacional. Estos son la igualdad soberana de los Estados, el respeto de su integridad territorial e independencia política, la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, la solución pacífica de las controversias, la libre determinación de los pueblos bajo dominación colonial u ocupación extranjera, no intervención en los asuntos internos de los Estados, respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, cooperación internacional y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones.

El universalismo se ha visto reflejado en la integración de la propia Organización de las Naciones Unidas la que en poco más de seis décadas pasó de 51 a 192 Estados Miembros. Aunque su gran mérito ha sido el haber trascendido a un pequeño grupo inicial para promover la descolonización, estrategias de desarrollo humano, la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional, en suma el tener una vocación universal al dar oportunidad a los Estados de ser escuchados en problemas que afectan a la comunidad internacional en su conjunto.

En la universalización del Derecho Internacional confluyeron distintos factores dentro de los que se encuentran el incremento y expansión de los temas por él comprendidos algunos de los cuales como el medioambiental o el de derechos humanos compromete intereses y preocupaciones individuales y colectivas a la vez; la acuñación de conceptos como el de patrimonio común de la humanidad o preocupación común de la humanidad, con las insoslayables consecuencias en el campo de la responsabilidad. El pluralismo cultural presente en los orígenes de este derecho, con base en la equidad ha servido y continúa actuando como motor de su desarrollo, dejando de manifiesto que su futuro radica en la creación de instancias de diálogo en lugar de enfrentamiento. La evolución producida en el campo de la subjetividad internacional llevó a que el Derecho Internacional trascendiera la dimensión interestatal así como a un aumento en la complejidad del proceso de su elaboración, poniendo en tela de juicio la tradicional enumeración de sus fuentes. El papel clave de la jurisprudencia como factor de cambio y su incidencia en la elaboración de normas

así como la cuestión de la fragmentación del Derecho Internacional está íntimamente vinculado a su universalización.²

Un elemento medular para la universalización del Derecho Internacional es la existencia de normas de *jus cogens* aunque parte de la doctrina, como el profesor Prosper Weil, ha criticado el concepto considerándolo como un desarrollo patológico que le impide al Derecho Internacional cumplir con su función de ordenar las relaciones internacionales en un mundo pluralista y heterogéneo donde la existencia de derechos y obligaciones va a ser determinada trasladando criterios materiales al derecho. El profesor Weil llama la atención sobre los peligros que plantea la teoría del *jus cogens* al igual que la distinción entre delitos y crímenes internacionales, basados en la distinción entre obligaciones *erga omnes* y obligaciones que se deben sólo con respecto a Estados individuales así como la emergencia del “soft law” por considerar que se establece una distinción gradual de la normatividad en las normas jurídicas internacionales. Para algunos autores este tipo de enfoques se basa en que el sistema jurídico internacional se concibió desde su origen como orientado a asegurar la coexistencia de distintos intereses en la comunidad de naciones y si se desconoce el papel del consentimiento el sistema normativo se desestabiliza e impregna de ideologías.³

Otros juristas como Pierre Marie Dupuy sostienen que el proceso de elaboración del derecho utilizando el método del consenso da una cierta unidad formal al derecho internacional y el resultado de este proceso, en particular la Carta de las Naciones Unidas y las reglas del *jus cogens* sobre derechos humanos, justicia penal internacional, paz y libre comercio dan una cohesión sustantiva a un sistema que de otra forma se diluiría en virtud de la cantidad de derogaciones que se producen⁴.

A nuestro entender el *jus cogens* no sólo le da una unidad básica al derecho internacional sino que el reconocimiento de un derecho imperativo y necesario, superior a la voluntad de los Estados sirve de salvaguarda frente a las desigualdades de poder que se dan entre los sujetos de Derecho Internacional. Se trata de principios que protegen valores fundamentales para la comunidad internacional en su conjunto que incluyen entre otros la prohibición del uso o amenaza de la fuerza, la prevención y represión del genocidio, piratería, tráfico de esclavos, la discriminación racial y el terrorismo.

² A nuestro entender la fragmentación no es un fenómeno nuevo, pero se ha acentuado en las últimas décadas. El es inherente al progreso del Derecho Internacional y a su evolución continúa donde la actividad jurisdiccional juega un papel preponderante. María del Luján Flores, Reflexiones acerca de los desafíos del derecho internacional en Curso de Derecho Internacional XXXV 2008, Comité Jurídico Interamericano.

³ Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, 413-442.

⁴ Pierre Marie Dupuy, L’unité de l’ordre juridique international. Cours général de droit international public, 297 *Recueil Des Cours* 9, 93,207(2002).

La violación de estos principios afecta a todos los Estados ya que como se desprende de algunas intervenciones en los trabajos preparatorios de codificación del Derecho de los Tratados su observancia se funda en la existencia de una conciencia universal o general. La razón de ser de estos principios es proteger valores fundamentales para la comunidad internacional en su conjunto.

De acuerdo a la evolución producida en el Derecho Internacional y al impacto creciente de los derechos humanos esa conciencia se ha ido centralizando en la persona humana. En ese sentido el juez Antonio Cancado Trindade aludió al proceso histórico de humanización del Derecho Internacional y al *jus cogens* como un pilar básico del nuevo *jus gentium*.⁵

La noción de *jus cogens* es dinámica, capaz de introducir nuevos desarrollos en el Derecho Internacional, siendo imprescindible para la estabilidad de las relaciones internacionales. Ellas son evolutivas y se adaptan a las circunstancias que las originan. Su carácter dinámico responde a la necesaria adecuación del Derecho Internacional al momento histórico⁶. El dinamismo y mutabilidad propios de estas normas responde a la participación activa en la comunidad internacional de Estados pertenecientes a civilizaciones diferentes cuyos objetivos e intereses son diversos.

El número de estas reglas puede ser hoy limitado pero es susceptible de incrementarse a medida que la comunidad de Estados acepte y reconozca otras nuevas. En efecto, a vía de ejemplo, por medio de tratados generales multilaterales o declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas puede ampliarse o extenderse esta noción a distintas áreas a fin de salvaguardar valores de importancia vital para la humanidad. Se trata de una categoría abierta que se expande en consonancia con la conciencia jurídica universal que puede extenderse tanto en su dimensión horizontal como vertical en la interacción entre el Derecho Internacional y los órdenes jurídicos internos.

Las normas imperativas por contraposición a las dispositivas no pueden ser derogadas por la voluntad de los Estados ni renunciadas en los acuerdos que se celebren. Es decir que ambas clases de normas tienen carácter obligatorio pero sólo las segundas pueden ser modificadas, renunciadas o derogadas por las partes.

⁵ Antonio Cancado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, RCADI 2005 T 316 y 317.

⁶ En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia tanto consultiva como contenciosa ofrece ejemplos, de evolución y ampliación de normas de *jus cogens*. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18/2/2000; Caso Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8/7/2004; O.C. No. 16 de 1/10/1999 sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal ; O.C. No.18 de 17/09/2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; Caso Goiburú y Otros Vs. Paraguay. Sentencia del 22/09/2006; Almonacid Arellano Vs. Chile. Sentencia del 26/09/2006; la Cantura Vs. Perú. Sentencia del 29/11/2006.

La jerarquía de las normas imperativas sobre las dispositivas radica además de la imposibilidad de ser derogadas o modificadas salvo por otras del mismo carácter que surjan ulteriormente, en su típico proceso de formación y en la naturaleza de su contenido.

Las normas de jus cogens al emanar de valores comunes y universales de la sociedad internacional y atender a intereses superiores de los Estados, tienen una aplicación general por oposición a las normas internacionales aplicables sólo a algunos Estados, que constituyen el derecho particular, sea regional, local o bilateral. El Derecho Internacional general así concebido encuentra en ellas su expresión más perfecta. Algunos autores se han planteado la posible existencia de un jus cogens regional con base en una comunidad de intereses limitados en el espacio. Estas normas regularían determinadas áreas geográficas o grupos de Estados. Sin embargo para la doctrina mayoritaria a lo sumo ello podría considerarse como jus cogens en embrión si con el tiempo adquiere el carácter general que hace universales esos principios emergentes. En este sentido para el Prof. Eric Suy la limitación en la aplicación a una región geográfica le quita a la generalidad una de sus fases fundamentales como lo es la universalidad en la génesis y en la aplicación. Además estas normas al poder ser modificadas por enmienda entre algunas partes, pierden su carácter imperativo⁷.

La naturaleza de estas normas requiere que sean aceptadas y reconocidas por una amplia mayoría de Estados. Es decir que hay un sentido de universalidad por el hecho de que ellas se originan a partir de una conciencia común que surge de la comunidad internacional en su conjunto.

Las características de las normas de jus cogens están contenidas en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁸ y el art. 64 de la Convención de Viena de 1986, según esta definición se requiere un juicio de valor compartido por la generalidad de los Estados que integran la comunidad internacional acerca de dicho carácter, requieren la aceptación y reconocimiento de una amplia mayoría de Estados, lo que no significa unanimidad. Dicho reconocimiento se expresa a través del proceso de formación de normas generales. Las reglas de jus cogens van más allá de la voluntad individual de cada Estado y lo obligan aunque se haya opuesto a la norma como tal. Se ha planteado si ellas obligan a los nuevos Estados que surgen a la vida internacional. Desde el momento que dichos Estados entran a formar parte de la comunidad ínterretática, aceptan los principios y normas vigentes en ella los que por otra parte no son totalmente nuevos. Un Estado no puede sustraerse de manera alguna al jus cogens

⁷ Eric Suy, *The Concept of jus cogens in public international law*. Conference on International Law, Lagonissi. Papers and proceedings. II The concept of jus cogens in international law. Carnegie Endowment for International Peace, Ginebra 1967 p. 71.

⁸ Una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

negándose a aplicarlo pero podrá influir en la formación de nuevas normas o producir cambios en las vigentes en ese momento. También es posible que se establezca un sistema particular de relaciones internacionales entre algunos Estados sobre una base convencional, al margen de la sociedad internacional global, siempre y cuando se respete el jus cogens.

La comunidad internacional en su conjunto no está aún lo suficientemente institucionalizada y permanece el problema de la exacta determinación de qué normas tienen el carácter de jus cogens, en cuanto a la manera de establecer una jerarquía en caso de conflicto para la aplicación de normas⁹. Existen ejemplos como el caso de las Plataformas de Petróleo donde algunos jueces consideraron la aplicación de normas relativas al uso de la fuerza como teniendo dicho carácter especial por lo que desplazaron al derecho naturalmente aplicable.¹⁰

El origen de las normas de jus cogens puede variar, pero la costumbre es una fuente indiscutible, al darse en la sociedad internacional el elemento psicológico, es decir la convicción acerca de la necesidad de proteger ciertos valores fundamentales y el elemento material, una práctica inequívoca en ese sentido.

En cuanto a las otras fuentes la doctrina distingue con respecto a los tratados multilaterales cuando éstos son en sí la fuente que crea la norma de jus cogens, como ocurrió con principios universales de la Carta de Naciones Unidas como la prohibición del uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales, de los casos en que el tratado recoge una costumbre existente como lo hizo la misma Carta respecto de los derechos humanos.

Los principios generales de derecho pertenecientes a los principales sistemas jurídicos serían fuente de normas de jus cogens sólo si respondieran a una convicción de la conciencia de la comunidad internacional en su conjunto.

Al igual que lo que ocurre con el orden público a nivel interno el jus cogens internacional se aprecia en el caso concreto por un juez determinado, a él le corresponde su interpretación y calificación. Las decisiones jurisdiccionales vinculadas al jus cogens son fundamentales para avanzar en materia de reparaciones y sanciones a la violación de estas normas. Se percibe una evolución en el tema de las normas imperativas en la jurisprudencia de la Corte. En asuntos contenciosos como el de la Barcelona Traction donde la Corte hizo referencia a las obligaciones erga omnes¹¹, la CDI dedujo que el Estado que infringe una de

⁹ La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 confió el control de la calificación a la Corte Internacional de Justicia (Art.66).

¹⁰ Rosalyn Higgins Themes & Theories Vol. II – 2009 Oxford University Press. P-1291.

¹¹ En el caso de la Barcelona Traction la Corte estableció que una distinción esencial debe ser subrayada entre las obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto y aquéllas que nacen con respecto a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma las primeras conciernen a todos los

esas obligaciones compromete su responsabilidad internacional tanto frente al Estado que la sufre directamente como frente a los demás miembros de la comunidad internacional. En el orden judicial supondría reconocer la *actio popularis* es decir el título de cualquier sujeto para interponer una acción en defensa de un interés público o general. Ese título había sido negado por la misma Corte años antes a Etiopía y Liberia demandante de África del Sur en una sentencia que dividió a los jueces.

En el asunto de las Actividades Armadas en el territorio del Congo (RD del Congo c. Ruanda 2006) la Corte reiteró su doctrina de separación entre la cuestión de la competencia que exige el consentimiento de los Estados en las cuestiones de fondo que sólo pueden ser apreciadas por la Corte una vez que su competencia ha sido establecida, sin que la oponibilidad *erga omnes* de una obligación o la naturaleza imperativa (*jus cogens*) de la norma de cuya violación se trata deban alterar esta conclusión.

En el ejercicio de su función consultiva en la opinión sobre las Consecuencias de la edificación de un muro en el territorio Palestino ocupado la Corte expresó como deben comportarse todos los Estados frente a la situación creada por Israel en violación del principio de libre determinación del pueblo palestino y de las normas del derecho internacional humanitario, en particular de la Convención IV de Ginebra sobre protección de la población civil, obligaciones *erga omnes* que no se deben transgredir: no han de reconocer dicha situación, no han de prestar asistencia a Israel en su mantenimiento, deben vigilar para que se ponga fin a los obstáculos al ejercicio de la libre determinación del pueblo palestino y han de hacer respetar a Israel la Convención IV de Ginebra.

Universalismo y globalización no son sinónimos. A este último fenómeno nos referiremos brevemente a continuación.

Es indudable que vivimos en un mundo interdependiente donde existen fuertes lazos políticos, económicos y culturales entre los integrantes de la comunidad internacional. El desarrollo de las tecnologías de la información, del transporte y los medios de comunicación, la visión del planeta como un gran mercado, la paulatina uniformización cultural y la concretización de proyectos de integración donde los Estados ceden parte de su soberanía a los nuevos organismos internacionales son algunos de los rasgos más notorios de la sociedad internacional a partir de la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, fenómenos que hoy se atribuyen a la globalización como la migración o la transculturación tienen su origen en el inicio de los tiempos. Lo que es propio de la globalización es su extensión, pues abarca todo el planeta y todos los aspectos de la vida social, caracterizándose por la velocidad con que se comunican las partes de ese todo globalizado y el volumen de las mismas. La movilidad y la velocidad con que se

Estados. Dada la importancia de los derechos en juego, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos, por lo tanto las obligaciones en este caso son obligaciones *erga omnes*. ICJ.Reports, 1970, p. 32.

mueven los elementos de la globalización llevaron a definirla como el proceso que resulta de ciertas actividades de funcionar como unidad en tiempo real a escala planetaria. En este sentido las noticias son instantáneas a través de internet y los desplazamientos son cuestión de horas. A ello contribuye el desarrollo tecnológico. El núcleo del término “globalización” es básicamente económico y tiene relación con la superación de las economías y mercados nacionales y su desplazamiento por un mercado global, con libre circulación de bienes, capitales y servicios que requiere estructuras jurídicas políticas de alcance universal como la Organización Mundial del Comercio. La internacionalización de los sistemas financieros, la actividad transnacional de las sociedades mercantiles, el establecimiento de redes de comunicación universales son elementos definitorios en este proceso. En él los Estados ven debilitar su poder económico y político frente a nuevos actores del mercado global.

Esta globalización abarca procesos transnacionales vinculados al crimen, al narcotráfico o al lavado de dinero que no se limitan a un solo país. Ello llevó a que autores como Joseph Stiglitz se refirieran al “malestar de la globalización” con respecto a los aspectos negativos de este proceso. Las nuevas amenazas que se suman a las tradicionales han motivado el surgimiento del concepto de seguridad multidimensional que engloba cuestiones tales como la trata de personas, la corrupción, los delitos cibernéticos, la delincuencia organizada transnacional, el terrorismo, el combate al narcotráfico, al tráfico de armas, los desastres naturales y los causados por el hombre como el deterioro del medio ambiente además de la pobreza extrema y la exclusión social entre otros aspectos. El nuevo concepto de seguridad en el hemisferio fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Bridgetown, Barbados en el año 2002 donde se reconoció que las amenazas, preocupaciones y otros desafíos a la seguridad en el hemisferio son de naturaleza diversa y alcance multidimensional y que el concepto y enfoque tradicionales deben ampliarse para abarcar a las nuevas amenazas que incluyen aspectos políticos, económicos, sociales, de salud y ambientales. Ello implica que la visión tradicional de seguridad entendida como la defensa contra la amenaza de guerra o invasión por fuerzas armadas de otro país pierde importancia en la realidad diaria, estas dejan de ser las únicas preocupaciones. Las grandes preocupaciones continúan vigentes ya que se debe prestar atención a los regímenes de control de armas nucleares, biológicas, químicas, a la cuestión de la transparencia en compras de armamento porque ello contribuye a mantener la paz y cooperación en el Continente pero sin desconocer las nuevas y crecientes amenazas. Como bien se ha señalado no se puede ignorar la globalización y es ingenuo pretender que no nos alcance. Tampoco podemos permanecer impasibles como que nada ocurriera, en definitiva es necesario adoptar una actitud realista y afrontar el fenómeno con políticas públicas claras y estables, con un enfoque integral y equilibrado. El énfasis colocado en la prevención a nivel educativo, laboral, familiar y comunitario donde el eje central está dado en la tensión e inserción social. La responsabilidad compartida con la sociedad y el respeto de los derechos humanos es cuestión fundamental. La respuesta no puede ser meramente individual o aislada sino que requiere de la cooperación internacional.

Las injusticias que se consolidan por la globalización sólo pueden abordarse eficazmente a través de un multilateralismo que tiene como eje fundamental la cooperación internacional. Cooperación que debe darse en un sistema jurídico basado en la igualdad soberana de los Estados, premisa básica del Derecho Internacional. El derecho internacional de cooperación que es la vía de dar una respuesta adecuada al desafío planteado, se basa en el deber de los Estados de cooperar y en una comunidad internacional regida por la norma y fundada en el concepto de interdependencia entre los Estados.

II. Regionalismo

El derecho internacional deja a sus sujetos amplia libertad para actuar en el ámbito regional construyendo regímenes jurídicos de carácter regional o particular¹². Dicha circunstancia se da tanto por que se comparte un espacio

¹² En el marco de las Naciones Unidas la Comisión de Derecho Internacional con motivo del examen de la fragmentación del Derecho internacional y las dificultades derivadas de su diversificación y expansión analizó la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los regímenes autónomos (*self – contained regimes*). En el referido estudio se hace mención a tres maneras distintas de entender el término “regionalismo”. La primera lo define como una serie de criterios y métodos para abordar el estudio del Derecho Internacional. Es una acepción amplia que designa determinadas orientaciones del pensamiento jurídico. A vía de ejemplo se hace mención a la tradición angloamericana y a la tradición continental del derecho internacional, a las doctrinas soviéticas o al enfoque del derecho internacional en el tercer mundo. Pese a poder identificarse una suerte de inspiración regional, por influencias sociológicas, culturales y políticas de ciertas regiones sobre el derecho internacional, este debe considerarse como universal. La singularidad regional se expresa como singularidad funcional al aludirse a un régimen del medio ambiente o de los derechos humanos regional.

La segunda acepción de regionalismo, como técnica de la actividad normativa internacional concibe las regiones como foros privilegiados a causa de la homogeneidad relativa de los intereses y sujetos involucrados. Según este enfoque el desarrollo del derecho internacional en un contexto regional sería más eficiente y equitativo y sus normas tendrían una aplicación más coherente.

El tercero de los enfoques ve al regionalismo como búsqueda de excepciones geográficas a las normas de derecho internacional de carácter universal. Esta concepción puede adoptar un sentido positivo, al referirse a una norma o principio con validez regional en relación a una norma o principio de alcance universal o en un sentido negativo, como una norma o principio regional que limita la validez de una norma o principio universal. Según la CDI en el primer caso la norma sólo sería obligatoria para los Estados de la región y en el segundo los Estados interesados estarían exonerados de la obligación de aplicar una norma o principio. Con relación al sentido positivo, es claro que los Estados de una región pueden establecer una norma especial aplicable en sus relaciones mutuas. Sin embargo también se alegó que es posible que surjan normas regionales obligatorias para todos los Estados de la región en sus relaciones mutuas más allá del consentimiento. Esa alegación fue examinada sin llegar a ninguna conclusión por parte de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del Asilo de Haya de la Torre. Colombia para eludir la aplicación de la norma general sostuvo que había surgido una “norma regional” sobre protección diplomática, la que a su juicio era aplicable incluso a

geopolítico, una realidad similar y se atraviesa por los mismos problemas, como por existir afinidad política, económica, social o cultural. Los sujetos pueden adaptar las normas generales a la realidad regional o crear soluciones que luego se universalizan. El principio que estimula la creación y funcionamiento de estos regímenes es el de cooperación y presupone la existencia de intereses comunes y una distribución equilibrada de poder donde puede existir liderazgo de uno o más Estados pero no hegemonía. El regionalismo es un hecho histórico que se proyecta hacia el futuro siendo a menudo las organizaciones de integración comercial, aduanera y económica¹³ y los mecanismos de cooperación política la cara visible de un proyecto de vida en común de países que comparten una cultura, un territorio e ideales. El implica la voluntad de elaborar y aplicar normas generales en la región y en caso de llevarse adelante procesos de integración se dan formas de participación en el sistema multilateral simultáneas a

los Estados que no la habían aceptado. Asimismo en su opinión disidente el Juez Álvarez afirmó que esa norma no sólo obligaba a todos los Estados del Nuevo Mundo, aunque no fuera aceptada por todos, sino también a todos los demás Estados en lo que respecta a las cuestiones que afectaban a América. La CIJ no se pronunció respecto a ninguno de estos dos extremos.

Un punto de interés dentro de este tercer enfoque es la cuestión de la seguridad colectiva de conformidad con el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas y la competencia en relación a la aplicación de medidas coercitivas. Según el párrafo 2 del art. 52 de la Carta ninguna medida adoptada por acuerdos u organismos se puede considerar una “excepción” a la competencia del Consejo de Seguridad.. En este sentido el Capítulo VIII de la Carta debía considerarse a juicio de la Comisión como un conjunto de disposiciones funcionales que trataban de lograr el nivel más adecuado para ocuparse de ciertas cuestiones con arreglo al concepto de subsidiariedad. Doc. A.G. ONU Suplemento No.10 (A/60/10) p. 224 y ss.

¹³ En algunas esferas como la del comercio, la influencia del regionalismo en el derecho general es relevante. En este sentido se ha hablado del espacio euro latinoamericano como modelo del nuevo regionalismo internacional. Con el fin de la Guerra Fría y el advenimiento de una nueva era pautada por la globalización se ha definido este regionalismo como la expresión de las diferentes respuestas regionales (modelo europeo, modelo americano y modelo asiático) a los desafíos sociales y políticos de la globalización.

La OMC como lo fue el GATT en el pasado constituye el marco de cooperación multilateral dentro de un sistema global de liberalización progresiva del comercio y es allí donde deben incorporarse los acuerdos regionales que crean zonas de libre comercio y uniones aduaneras. El sistema flexible, con excepciones, dentro de los que se encuentran las fundadas en los acuerdos regionales, hizo del principio de no discriminación o cláusula de la nación más favorecida una pieza fundamental.

Se ha dicho que los acuerdos regionales reforzarían al multilateralismo, desde una perspectiva estática si su efecto es crear nuevos flujos comerciales y de inversión y desde una perspectiva dinámica si son impulsores de procesos de liberalización adicionales en un plano multilateral.

El regionalismo es un fenómeno anterior al multilateralismo y se proyecta hacia el futuro. La consolidación y expansión del multilateralismo después de la Ronda Uruguay de la que surgió la OMC, estimuló la celebración de acuerdos regionales, según datos del organismo.

las del Estado individual. El regionalismo parte de asumir los problemas propios o inherentes a la región para luego actuar y expresar más eficazmente una posición frente a problemas universales dotando de fuerza a las visiones propias. La identidad de la región, sus intereses se proyectan al medio universal, fortaleciéndose. El límite de un derecho internacional regional está dado por el respeto a los principios fundamentales de la comunidad internacional a los que hicimos antes referencia como la igualdad soberana de los Estados, las reglas de *ius cogens* que enmarcan su actuación así como la prohibición del uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales.

El Derecho Internacional americano es un claro ejemplo de derecho internacional regional. En un espacio geopolítico, con una comunidad de origen e intereses, con problemas propios y la convicción de que las normas elaboradas fuera de la región no tenían en cuenta esta realidad es que surge un conjunto de normas que buscan adaptar las normas universales al contexto regional o elaborar otras que tienden a universalizarse.

El Prof. Julio Barberis definió a este derecho como el conjunto de normas jurídicas internacionales que poseen un ámbito de validez personal limitado a los países americanos, un ámbito de validez espacial limitado al territorio de esos países y un ámbito material diferente, en cierta medida, al de las normas del orden jurídico universal. Durante el siglo XIX se sucedieron una serie de congresos y conferencias donde la participación fue fundamentalmente de países americanos. En este sentido luego del Congreso anfictiónico de Panamá en 1826 tuvieron lugar las reuniones y conferencias interamericanas donde se constituyó la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas que dará origen a la Unión Panamericana. La convicción de que no era posible trasplantar las normas elaboradas en Europa a una realidad diferente, con problemas propios, dio lugar a la aparición de un derecho internacional americano. Fue esta realidad que llevó a la elaboración de normas e institutos propios como el del asilo diplomático, costumbre regional avalada y precisada por numerosos tratados, a la adaptación de doctrinas como la del *uti possidetis*, a la consagración temprana del principio de no intervención y a la promoción de los principios democráticos entre otros.

La institución del asilo se remonta a la Antigüedad, tanto los griegos como los romanos y posteriormente los cristianos durante la Edad Media la practicaban. A lo largo de la historia se produjo una evolución tanto respecto de los delitos objeto de asilo como de los lugares en que se concedía. En efecto, al principio el asilo favorecía a los delincuentes comunes pero luego subsistió para los delincuentes políticos y los refugiados por razones religiosas. En la Antigüedad y en la Edad Media los templos eran los lugares de asilo mientras que en la época moderna fue el territorio de un Estado extranjero. A partir de esa concepción Grocio que era un refugiado político, desarrolló la tesis de la extraterritorialidad de las Embajadas y Legaciones. Según dicha tesis el delincuente político lograba asilo no sólo si accedía a un territorio extranjero sino también si lo hacía a una Legación o Embajada.

Durante el siglo XVIII y en la primera mitad del siglo XIX el instituto se practicó mucho pero luego decayó y se desconoció en Europa. Hoy el derecho de asilo diplomático para los delincuentes políticos no es una institución reconocida por el Derecho Internacional general de base consuetudinaria sino que es una práctica de base convencional y consuetudinaria que liga casi exclusivamente a los países latinoamericanos, es una costumbre regional. Los principales instrumentos convencionales que reglamentan el ejercicio del derecho de asilo son el Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1989, la Convención de Asilo Diplomático de La Habana de 1928 enmendada en Montevideo en 1933, la Convención de Montevideo de 1939 y la Convención de Caracas de 1954. Esta última fue suscrita en la Conferencia Panamericana celebrada en Caracas y constituye una respuesta de la OEA al fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Asilo de Haya de la Torre en 1950.

El punto más debatido en el ejercicio del asilo fue el de su calificación. El dio lugar a un conflicto entre Perú y Colombia sometido a la Corte Internacional de Justicia al que hicimos referencia. La Convención de La Habana de 1928 no se pronuncia sobre quien determina si la persona es o no perseguida por delitos políticos. De allí que la Convención de Montevideo de 1933 en su artículo 2º dispone que la calificación de la delincuencia política corresponde al Estado asilante.

En el caso Haya de la Torre, la Corte Internacional de Justicia no aceptó la tesis de Colombia que es la mayoritaria en América que afirma que el Estado asilante es el que tiene derecho a calificar unilateralmente el acto atribuido al que solicita el asilo. Según la tesis peruana que fue la sostenida por la Corte, el Estado asilante no puede decidir por sí sólo si el delito o la persecución tienen motivos políticos sino que la calificación debe ser de común acuerdo entre ambos Estados, de lo contrario se debe someter el asunto a los procedimientos de solución pacífica de controversias. Al igual que la Convención de Montevideo de 1933, la Convención de Caracas de 1954 deja a cargo del Estado asilante la calificación.

Otro problema que también se planteó en la Corte en el caso del asilo de Haya de la Torre fue el relativo a la concesión del salvoconducto. Para la Corte la concesión del salvoconducto estaba subordinada al previo pedido de parte del Perú de que el asilado saliera de su territorio. La Corte fundó esta conclusión en una interpretación literal de la Convención de La Habana de 1928 y en particular de conectar el pedido de salida con el otorgamiento de salvoconducto.

El artículo 23 de la Convención antes citada dice “El Gobierno del Estado podrá exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible y el agente diplomático del país que hubiera acordado el asilo, podrá a su vez exigir las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona”.

UNIVERSALISMO Y REGIONALISMO

Según la Corte: “Si se considera, por un lado, la estructura de esta disposición, que indica un orden sucesivo y por otro lado, el sentido natural y ordinario de las palabras “a su vez”, esta disposición sólo puede significar que el Estado territorial puede requerir que el refugiado sea enviado fuera del país y sólo después de tal pedido puede el Estado que concede el asilo requerir las necesarias garantías como una condición para que sea enviado al exterior. Esta disposición a juicio de la Corte da, en otras palabras, al Estado territorial, una opción para requerir la partida del refugiado y este Estado llega a estar obligado a conceder el salvoconducto sólo si se ha ejercido esta opción”.

El Convenio de Caracas de 1942 solucionó el problema en favor del Estado asilante que puede “exigir” el salvoconducto al Estado territorial que tiene la obligación de otorgarlo.

En cuanto a la doctrina del *uti possidetis*, ella se refiere a la conservación de los límites administrativos de las unidades territoriales que conformaron el imperio español como fronteras internacionales de los nuevos Estados en que se convirtieron.

El *uti possidetis* era un interdicto posesorio del Derecho Romano que protegía al poseedor actual que no hubiera logrado su posesión por la violencia, la clandestinidad o la precariedad. Amparaba al poseedor de hecho. Fue en la Paz de Breda entre Holanda e Inglaterra cuando se trasladó por primera vez este Instituto al Derecho Internacional. Luego se continuó utilizando para calificar el acto por el que después de una guerra se consolida la situación de ocupación territorial en posesión a título de soberanía. Al independizarse los países hispanoamericanos éste se estableció como regla para las delimitaciones territoriales entre los nuevos Estados. Fue una adaptación del Instituto original ya que no había habido guerra entre los nuevos Estados. Es así que se fija como límite el que se poseía en la época colonial, las circunscripciones administrativas españolas, siendo pues la demarcación territorial del soberano español la que regirá. Al declararse los nuevos Estados con vocación sucesoria a todo el caudal español, no habrá “*res nullis*”, no había territorio sin amo repartiéndose por consiguiente la totalidad del territorio en América hispana. Sin embargo, las delimitaciones eran imprecisas, lo que trajo numerosos pleitos y problemas limítrofes entre los Estados. Lo que los países hispanoamericanos quisieron al proclamar las reglas del *uti possidetis* fue destacar el título de la posesión, no el hecho sino el derecho. Lo que se debería de haber considerado eran los títulos españoles de 1810, más que la administración efectiva de España. Lo que interesaba no es como se había poseído de hecho sino cómo se tenía derecho a poseer (*uti possidetis juris*).

La doctrina del *uti possidetis* se generalizó en otras regiones, siendo recogida en el asunto de la Controversia fronteriza entre Burkina Fasso y Mali por la CIJ en su sentencia de 22 de diciembre de 1986 cuyos párrafos 20 - 26 se refieren al *uti possidetis* como una regla o principio de alcance u orden general muy importante ligado con la obtención de la independencia y estabilidad de los nuevos Estados africanos. Asimismo los órganos políticos de la ONU, de la

Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa y de la Unión Europea, se han referido a él, alterando su significado con el propósito de detener la reacción en cadena del desmembramiento de la Unión Soviética y de Yugoslavia.

Además de estas normas regionales han surgido doctrinas y principios como el de la no intervención en los asuntos internos que busca fortalecer consecuencias inherentes al principio de soberanía.

La Intervención era un recurso utilizado por las grandes potencias, llegando a su punto más alto en el siglo XIX a través de la Santa Alianza, el Congreso de Viena y los Congresos del Concilio. La Política imperialista y colonial de los Estados europeos tuvo una repercusión variable en el campo jurídico donde las posiciones doctrinarias abarcaron un amplio espectro, para algunos existía una regla general del derecho de gentes que autorizaba, otros la calificaron de un simple hecho originado en la necesidad y hubo quienes reconocían el principio de una intervención ya sea en su forma más absoluta o con excepciones.

Esa política intervencionista provocó reacciones en distintas regiones del planeta. En Estados Unidos dio lugar a la doctrina Monroe y sus corolarios que sostuvo el deber de no intervención en las relaciones entre Europa y América pero facultaba a los Estados Unidos a ejercer control inclusive intervenir en los asuntos de otros países dentro del continente americano.

Dentro de los países latinoamericanos, como respuesta a las dos anteriores doctrinas y a las acciones que ellas sustentaron surgió una teoría para la cual el deber de no intervención es un principio absoluto.

La Carta de la OEA en 1948 recogió en forma categórica el principio de no intervención y sus límites, formula que Uruguay sostuvo y promovió en distintas instancias ¹⁴ a través del articulado se refleja el rechazo amplio a cualquier modalidad de interferencia interna o externa, armada o de cualquier naturaleza. La contundencia de las normas contenidas en el instrumento servirán de inspiración a posteriores documentos adoptados a nivel universal como la resolución 2625-XXV de 1970 titulada Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados de conformidad con la Carta. Este principio mantiene su vigencia y ha sido recientemente invocado por distintos Estados Miembros de la OEA durante la controversia mantenida entre Ecuador y Colombia en marzo de 2008¹⁵.

¹⁴ Actualmente Art. 23 de la Carta de la OEA que dice: “Las medidas que, de acuerdo con los tratados vigentes, se adopten para el mantenimiento de la paz y la seguridad, no constituyen violación de los principios enunciados en los artículos 19 y 21”.

¹⁵ Ecuador solicitó una sesión extraordinaria del Consejo Permanente para tratar el tema de la incursión en el territorio de su país de la fuerza pública colombiana para enfrentarse con integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)

En otros casos como el de la responsabilidad internacional del Estado, el trato de los extranjeros o el ejercicio de la protección diplomática los países americanos buscaron poner límite al accionar de países desarrollados que invocaban esos institutos en beneficio de sus nacionales, además de recurrir al uso de la fuerza para exigir el pago de reparaciones.

El Derecho Internacional americano participa de valores universales¹⁶ que han cobrado especial significación en nuestro continente, como los principios democráticos y su estrecha relación con los derechos humanos. En este sentido hay antecedentes que se remontan a las Conferencias Panamericanas de Buenos Aires de 1936, Lima de 1938 luego las de Consulta de Panamá y La Habana hasta llegar a la Conferencia de Chapultepec en 1945. Dos años más tarde el Tratado de Río y fundamentalmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Carta Interamericana de Garantías Sociales y la Carta de la OEA desarrollan en profundidad la relación entre ambos conceptos¹⁷. Esta indisoluble relación fue plasmada de manera contundente en el articulado de la Convención Americana sobre los derechos Humanos de 1969 en su Preámbulo y en los artículos 29 y 32.2.

y posteriormente tuvo lugar una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

¹⁶ Un compromiso renovado a nivel mundial fue el asumido en la Cumbre Mundial de 2005 por los Jefes de Estado y de Gobierno al aprobar la resolución 60/1 que dice: "...135 Reafirmamos que la democracia es un valor universal basado en la voluntad libremente expresada de los pueblos para determinar su propio sistema político, económico, social y cultural y su participación plena en todos los aspectos de sus vidas. Reafirmamos también que, si bien las democracias comparten características comunes, no existe un modelo único de democracia, que no pertenece a ningún país o región y reafirmamos la necesidad de respetar debidamente la soberanía y el derecho a la libre determinación. Hacemos hincapié en que la democracia, el desarrollo y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son interdependientes y se refuerzan mutuamente.

136 Renovamos nuestro compromiso de apoyar la democracia reforzando la capacidad de los países para aplicar los principios y las prácticas democráticas y estamos decididos a fortalecer la capacidad de las Naciones Unidas para prestar asistencia a los Estados Miembros que la soliciten. Acogemos con satisfacción el establecimiento de un Fondo para la Democracia en las Naciones Unidas..."

¹⁷ La Carta fue objeto de sucesivas reformas, en particular el Protocolo de Buenos Aires (1967) incluyó normas relevantes en materia de derechos humanos, el Protocolo de Cartagena (1985) se refirió a la responsabilidad colectiva en promover y consolidar la democracia representativa con el debido respeto del principio de no intervención. El Protocolo de Washington (1992) inspirado en la Declaración de Asunción el Compromiso de Santiago y la Declaración de Nassau permite la suspensión del derecho de participación de un Estado Miembro en todos los órganos de la Organización por el voto afirmativo de dos tercios de ellos en Asamblea General extraordinaria si su gobierno democrático es derribado por la fuerza y resultaran infructuosas las gestiones diplomáticas para el restablecimiento de la democracia representativa. De esta manera se fortalecen y desarrollan los términos contenidos en la resolución 1080 sobre la democracia representativa.

Uno de los pilares de la OEA es el fortalecimiento de la democracia y la promoción de los derechos humanos, de allí que se haya desarrollado un cuerpo normativo importante a nivel regional tendiente a asegurar su respeto y consolidación.

La generalización de la democracia a nivel interno de los Estados, impulsa la democratización internacional y esta a su vez influye en los procesos internos. Dicha generalización coincide en cierta medida con la tremenda expansión de los derechos humanos que han dejado de quedar circunscritos a la jurisdicción doméstica de los Estados. La protección jurídica internacional de los derechos humanos aunque subsidiaria de la protección interna, es hoy una realidad. A nivel regional ella ha adquirido un especial vigor. El concepto que subyace y que ha sido recogido en los distintos instrumentos internacionales atinentes al tema es el de la dignidad humana. La democracia como forma de gobierno y concepción filosófica política constituye un ideal alcanzar a través de un esfuerzo sostenido que implica un proceso de mejoramiento y superación. Como bien lo ha señalado Norberto Bobbio, existen distintas democracias, unas más sólidas que otras con distintos grados de aproximación al modelo ideal pero aún la más alejada de él no puede ser confundida con un Estado autoritario. Ella comprende un conjunto de principios y valores. Si bien supone el sufragio universal, la democracia debe visualizarse no solamente a la luz de elecciones y votos, por más importantes que éstos sean, sino fundamentalmente en términos de razonamiento en lo público con la debida inclusión de la oportunidad del debate público, así como de la participación interactiva y del encuentro razonado. La democracia debe incluir un gobierno por debate. El voto y el sufragio forman parte de ese proceso público más amplio. La democracia fomenta la libertad y la participación, su consolidación trasciende los aspectos electorales para proyectarse a la gobernabilidad de manera de asegurar estabilidad en el gobierno. En la búsqueda de la gobernabilidad democrática, la lucha contra la pobreza y la exclusión social resultan imprescindibles. Los beneficios de la democracia deben reflejarse en los seres humanos, en el mejoramiento de su calidad de vida. La Carta de la OEA en su Preámbulo estatuye a la democracia como condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región. El fortalecimiento y la profundización de la democracia es uno de los propósitos de la Organización de Estados Americanos recogido en el artículo 2º del instrumento, el que se vincula al principio de no intervención.

Asimismo en el art. 3 relativo a Principios, la Carta incluye dos párrafos relativos al punto. El literal d) que dice “La solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”. Por su parte el literal f) hace referencia a que la eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa. Y en otro de los literales del mismo artículo tercero los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo. De la lectura de las disposiciones surge que la defensa de los derechos humanos proclamados debe

llevarse a cabo en el marco de una organización política que sea producto del ejercicio de la democracia representativa sin excluir, por cierto, la participativa. Dicho ejercicio es concebido en la Carta como parte de un principio reafirmado por los Estados Americanos y si bien se refiere directamente a los Estados Miembros su mención indica que la Organización también lo debe tener presente. Como lo señala el art. 17 cada Estado tiene derecho a desarrollar libremente los distintos aspectos de su personalidad, lo que significa en el plano político, el derecho a darse el régimen de gobierno querido por su pueblo. Pero dicha posibilidad debe darse dentro del sistema democrático y de respeto a los derechos de la persona humana.

El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos está basado en una determinada concepción del ser humano, de su dignidad y derechos, de su trascendencia y de su posición preeminente frente a un Estado que sólo debe ser un instrumento al servicio del bien común. Esta concepción implica la vinculación ineludible entre los derechos humanos, su promoción y protección y la idea de democracia y de su efectiva existencia, de una democracia verdadera, pluralista, antidogmática, representativa, en la que la integración de los poderes del gobierno sea el resultado de elecciones periódicas y libres en las que haya sido posible la participación de todos los partidos políticos, sin discriminación de especie alguna.

Hay una ineludible y entrañable relación entre la protección de los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, y la democracia, como forma de vida, como sistema político y como régimen de gobierno de la verdadera democracia, pluralista, liberal y social que resulta de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La estrecha vinculación que el sistema ha hecho entre los derechos fundamentales de la persona humana y el ejercicio efectivo de la democracia representativa fue recogida en el Preámbulo de la Convención Americana al “reafirmar su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Varios de los artículos de la Convención hacen referencia a la democracia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos aludió a la forma como condicionan la interpretación de la Convención. Así, en la Opinión Consultiva No. 5/85 del 13 de noviembre de 1985 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, la Corte mencionó, de manera expresa, al párrafo preambular antes citado así como a los artículos 29 y 32 de la Convención. El artículo 29 señala que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa. Y el párrafo 2 del art. 32 expresa: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”.

La Corte dijo que las justas exigencias de la Democracia deben por consiguiente orientar la interpretación de la Convención y en particular de aquellas disposiciones relacionadas con la preservación y el fundamento de las instituciones democráticas.

En su Opinión Consultiva No. 6/86 del 9 de mayo de 1986 sobre la “Expresión Leyes” en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte reafirmó la necesidad de interpretar la Convención alrededor del concepto determinante sobre la misma del Estado democrático. El concepto de democracia condiciona pues la interpretación de la Convención y es sólo dentro de ese contexto que puede lograrse una adecuada protección a los derechos fundamentales de la persona humana.

En el caso relativamente reciente *Yatama Vs. Nicaragua* (2005) la Corte Interamericana por primera vez abordó el tema de los derechos políticos. En su sentencia señaló que la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención Americana sobre Derechos Humanos forma parte.

Como bien lo expresó el juez Diego García-Sayán en su voto concurrente, desde los inicios de la OEA democracia y respeto a los derechos esenciales del ser humano fueron concebidos de manera interdependiente. Esta vinculación está presente en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana. La Declaración de Santiago de 1959 precisó esta unidad conceptual entre Derechos Humanos y Democracia, al definir los estándares democráticos interamericanos. Mediante resoluciones posteriores se consiguió que los Estados miembros de la OEA consolidaran sus sistemas democráticos a través del respeto de los derechos humanos. En el momento actual, agrega el Juez García Sayán, asistimos al desarrollo y profundización de los derechos políticos lo que ha sido denominado por algunos autores como “el derecho humano a la democracia”. Este desarrollo se expresa en la Carta Democrática Interamericana, instrumento cuyo objetivo primordial es el de fortalecer la democracia y los derechos relacionados a la misma. El concepto queda reflejado en el art. 1 del instrumento que establece que los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La relación entre fortalecimiento de la Democracia y promoción de los derechos humanos es tan honda que llevó a que B. Boutros Gahli, hace ya más de quince años, hablara de un derecho, que se esbozaba en ese entonces: el Derecho Internacional de la democracia y los derechos del hombre. El proceso de democratización, señaló, no se puede disociar de la protección de los derechos humanos y si aplicamos por analogía el concepto al ámbito interamericano vemos que, desde hace varios años, la OEA pone en práctica medidas para promover en forma conjunta la democracia y los derechos humanos. Ello ocurre con las misiones electorales o la promoción de una ciudadanía integral que implica el acceso a los derechos cívicos, sociales, económicos y culturales en el entendido

que constituyen un conjunto indivisible y articulado de acuerdo a los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

El retorno a la homogeneidad democrática en nuestro continente producido desde la segunda parte de los 80 en adelante no es un proceso inmutable o irreversible. La democracia presenta fragilidades cuando no se asienta en determinadas condiciones políticas, económicas y sociales, requiere de una defensa y consideración permanente. Ella requiere de un esfuerzo y cuidado constante para fortalecerla pues no esta exenta de crisis y eventuales retrocesos. Resulta a todas luces necesario combatir las causas que la deterioran, la pobreza, la ignorancia, la exclusión con un esfuerzo diario, sumándose a ello la solidaridad internacional de nuestro hemisferio para la defensa común de los regimenes democráticos.

En el marco interamericano la defensa de la democracia a partir de 1990 tiene un nuevo enfoque. Se produce un cambio significativo ya que la Asamblea General de la OEA de tímidas recomendaciones pasa a “exigir” la vuelta a la democracia respetando los principios de no intervención y libre determinación. Este cambio tuvo un antecedente clave que fue el Protocolo de Reformas a la Carta de la OEA de 1985, el Protocolo de Cartagena de Indias que incluyó dos disposiciones una en el Preámbulo que expresa “Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región” y otra en el artículo 2 sobre Propósitos que dice” promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”.

La Declaración de Asunción en 1990 y el Compromiso de Santiago al año siguiente fueron hitos que sirvieron para dar un nuevo rumbo a las relaciones interamericanas que junto con la resolución 1080 de 1991, instrumentaron un sistema para promover, consolidar y defender la democracia en nuestra región¹⁸. Ello permitió que la OEA reaccionara ante las distintas crisis y amenazas a la gobernabilidad que se sucedieron en nuestro continente. La Resolución 1080 se complementó con varias iniciativas que reforzaron la vigencia de la democracia tales como la Cláusula Democrática del MERCOSUR. No obstante la sucesión de importantes declaraciones, la falta de una definición del concepto de democracia y el temor a vulnerar principios como el de soberanía y no intervención llevó a que se produjera un freno en la acción. De allí que se promoviera la elaboración de un nuevo instrumento como lo es la Carta Democrática Interamericana que desarrolla el contenido de la democracia, define sus componentes, establece la relación entre ésta y los derechos humanos y entre ésta y el desarrollo integral. En ella se renueva el compromiso de los Estados Miembros de la Organización con la democracia y se busca hacer frente a los desafíos que se plantean. En efecto, la sección cuarta de este instrumento establece los mecanismos y procedimientos

¹⁸ A vía de ejemplo el procedimiento de la resolución 1080 y del Compromiso de Santiago se aplicó con éxito en los casos de Haití (1991), Perú (1992) y Guatemala (1993).

M. DEL LUJÁN FLORES

para la preservación y fortalecimiento de la institucionalidad democrática. Es este capítulo el que fue invocado por Honduras para dar solución a una crisis y a la que se le dio respuesta a través de la aplicación de la Carta.

Con Honduras, por primera vez se puso a prueba la Carta Democrática Interamericana desde su adopción en el año 2001. La Organización siguiendo una larga tradición adopta sus decisiones por el método del consenso, lo que requiere extensas negociaciones y discusiones.

Cuando un Estado Miembro percibe una situación que amenaza la democracia en el continente, puede llevar la cuestión al Consejo Permanente de la Organización, eso fue lo que ocurrió en este caso.

A petición de la Misión Permanente de Honduras ante la OEA el 26 de junio de 2009 se convocó a una reunión extraordinaria del Consejo Permanente de la Organización. La solicitud se efectuó en el marco del art. 17 de la Carta Democrática Interamericana. El Consejo preocupado por los acontecimientos que tuvieron lugar en Honduras capaces de poner en riesgo el proceso político institucional democrático y el ejercicio legítimo del poder aprobó la resolución CP/RES. 952 (1699/09) de 26 de junio de 2009. Sobre la situación en Honduras. Ella apoya el fortalecimiento de las instituciones de dicho país y llama a los actores políticos a respetar el estado de derecho e instruye al Secretario General de la OEA para que constituya con carácter urgente una Comisión Especial que visite Honduras y contribuya en encontrar una solución democrática a la situación existente e informe de su gestiones al Consejo Permanente. Dicha Resolución es una aplicación efectiva de la Carta Democrática Interamericana, tema de por si sensible.

El 28 de junio de 2009 se produjo un golpe de estado contra el gobierno constitucional de Honduras, su Presidente José Manuel Zelaya, fue privado de libertad y expulsado del país, siendo trasladado a Costa Rica, desde donde dio una conferencia de prensa denunciando los hechos. Debido a la grave situación por la que atravesaba este país, la alteración inconstitucional del orden democrático y la importancia del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de sus habitantes, el Consejo Permanente se reunió de manera urgente en reunión extraordinaria. El Representante Permanente de Honduras, informó acerca de los últimos acontecimientos que tuvieron lugar en su país, expresó que en nombre de su gobierno invocaba el art.20 de la Carta Democrática Interamericana a fin de que el Consejo apoyara la normalización del orden constitucional en su país. Solicitó una condena manifiesta y enfática al golpe de estado perpetrado y agregó que si las gestiones diplomáticas que se llevaran a cabo fracasaran solicitaba la convocatoria urgente a un periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General para considerar este asunto con miras a la aplicación del art. 21 del mismo instrumento.

El Consejo Permanente acordó seguir en Sesión Permanente hasta tanto se restituyera al Presidente Zelaya en sus funciones y constituyó un Grupo de

Trabajo abierto a fin de elaborar un proyecto de resolución que recogiera las preocupaciones de todos los Estados Miembros. La resolución CP/RES. 953 (1700/09) aprobada el 28 de junio de 2009 por el Consejo Permanente condenó enérgicamente el golpe de estado, exigió el inmediato seguro e incondicional retorno del presidente Zelaya a sus funciones constitucionales e incluyó la convocatoria a un periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA a celebrarse el 30 de junio de 2009 entre otras cosas.

En el Trigésimo Séptimo Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA se aprobó por aclamación la Resolución AG/RES 1 (XXXVII – E/09) “La Crisis Política en Honduras” de 1ro. de Julio de 2009. Con ella se ponen en práctica por primera vez a solicitud de un Estado miembro el mecanismo previsto en la CDI para el caso de ruptura del orden democrático. El texto instruye al Secretario General del organismo para que junto a representantes de varios países realice las gestiones diplomáticas dirigidas a restaurar la democracia y el estado de derecho y a la restitución del Presidente José Manuel Zelaya según lo previsto en el artículo 20 de la CDI y de no prosperar estas iniciativas en un plazo de 72 horas, la Asamblea General Extraordinaria aplicará inmediatamente el artículo 21 de la CDI para suspender a Honduras.

Todos los Estados coincidieron en el fortalecimiento de los principios que rigen la convivencia democrática de los pueblos del hemisferio. Rechazaron en forma unánime el uso de la fuerza y condenaron el golpe de estado perpetrado.

En todo momento se tuvieron en cuenta los pronunciamientos de los distintos grupos regionales, es decir el Grupo de Río, MERCOSUR, UNASUR, ALBA, SICA, CARICOM e incluso de fuera del continente como la Unión Europea y la Unión Africana y se destacó la necesidad de coordinar posiciones en relación con la situación por la que atraviesa Honduras. Cabe destacar la adopción por parte de Naciones Unidas de una resolución sobre este tema referido a un país de nuestra región. También estuvo siempre presente la preocupación por los derechos humanos y por el papel que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe cumplir en esta instancia, lo que se vio confirmado con su solicitud de realizar una visita a Honduras con el objeto de verificar la vigencia de los derechos humanos tras el golpe de estado.

El sábado 4 de julio se reunió la XXXVII Asamblea General Extraordinaria para recibir el informe del Secretario General de la OEA, sobre las gestiones realizadas en el marco de la resolución AG/RES 1 (XXXVII-E/09) de 1 de Julio de 2009 AG/doc. 7(XXXVII – E-09) de 4 de Julio de 2009. Ante la negativa del gobierno de facto a dar cumplimiento a la resolución antes mencionada, la Asamblea General Extraordinaria votó por 33 votos afirmativos, de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 21 de la CDI la suspensión del derecho de Honduras de participar en la OEA. Honduras no participó en la referida votación. Luego se aprobó por aclamación la resolución AG/RES. 2(XXXVII-E/09) sobre “la suspensión del derecho de Honduras de participar en la OEA” de 4 de Julio de 2009.

Los Estados miembros unánimemente decidieron aplicar el art. 21 de la CDI y suspendieron al Estado de Honduras en el ejercicio de su derecho de participación en la OEA. Esta suspensión de acuerdo a las declaraciones formuladas por los representantes de los Estados Miembros reflejan su férreo compromiso con la defensa de la democracia en el hemisferio y la adhesión a los principios y propósitos de la Organización.

III. Relación entre Universalismo y Regionalismo

La cuestión del universalismo y el regionalismo es un tema de renovada actualidad. Como consecuencia de la profunda y prolongada crisis económica mundial, la tendencia hacia la liberalización del mercado ha sufrido modificaciones y son muchos los autores que hablan de un nuevo período de intervención del Estado, de regulación y resurgimiento del proteccionismo. El comercio internacional, el flujo de capitales y la inmigración han disminuido. Como bien lo señalan los economistas, países como India y China con sistemas financieros menos integrados han sufrido menos daño económico. El panorama plantea paradojas. Frente a esta realidad que reclama un mayor protagonismo del Estado, los sistemas regionales de integración han tenido avances considerables, lo que indudablemente disminuye la autoridad individual de los Estados.

Otro fenómeno político actual es el del incremento tanto en número como en importancia de las entidades no estatales, el resurgimiento de los regionalismos. Las fallas e inequidades de la globalización han hecho que las políticas regionales se activaran, a tal punto que se ha hablado de una “globalización de regionalismos”. En este sentido un gran número de acuerdos con distintas formas y contenidos se celebraron en Latinoamérica en la búsqueda de ampliar mercados entre economías de similar escala.

En forma simultánea se da un fenómeno de transnacionalización de la sociedad civil. Ella se integra entre otros por un número creciente de ONG's, capaz de movilizar a la opinión pública y ejercer considerable presión en los gobiernos, siendo percibida como una forma clave de participación en la democracia. Es previsible que dicha participación se incremente gradualmente.

Asimismo se ha producido una internacionalización de la jurisdicción doméstica. Los derechos humanos y los asuntos vinculados al medio ambiente entre otros, han dejado de ser materia exclusiva del ámbito interno. Además el Derecho Internacional emanado de tratados multilaterales y la práctica de los Estados así como de la jurisprudencia internacional ha tenido una influencia creciente en el derecho interno de los Estados.

El tema del universalismo y regionalismo en las relaciones internacionales ha generado distintas corrientes de pensamiento. La de aquellos que los consideran excluyentes y los que afirman la compatibilidad de los sistemas jurídicos regionales con el derecho internacional universal y que aplicado a las organizaciones internacionales se vincula a lo dispuesto por el art. 52 de la Carta

de las Naciones Unidas referido a la coordinación o articulación de los acuerdos u organismos regionales con la organización universal.

El problema general de la conveniencia o no de la coexistencia del universalismo y el regionalismo, su interacción en el proceso de elaboración de las normas internacionales y la consecuencia de la existencia de sistemas universales y regionales, con órganos propios así como la armonización de los procedimientos han sido objeto de numerosos análisis, particularmente en el área de los derechos humanos.

En materia de protección internacional de los derechos humanos la manera de encarar la acción ha sido la de buscar fórmulas complementarias, no excluyentes. El interés radica en lograr el objetivo de la defensa y garantía de los derechos y libertades. Universalismo y regionalismo se afirma deben coexistir en un proceso mutuo de estímulo y cooperación de manera tal de asegurar la mayor eficacia posible en cuanto a la promoción y protección de los derechos humanos. Podría pensarse que basta un régimen universal pues ello evita presiones y afinidades políticas que pueden darse en la región. Sin embargo el sistema regional puede ser de mayor eficacia dada la proximidad, el contacto más fluido y el conocimiento más a fondo de la realidad regional. Ambos tienen elementos positivos que ameritan su coexistencia simultánea. Por otro lado es evidente que hay una influencia mutua en el proceso de elaboración de normas en ambos sistemas. Nos centralizaremos en las declaraciones de derechos humanos de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos por constituir un ejemplo de armonía entre universalismo y regionalismo.

Sesenta años atrás por primera vez en la historia dos organismos intergubernamentales, las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos aprobaban las primeras declaraciones de derechos humanos. Ellas habrían de constituir la base tanto en el ámbito universal como regional de la promoción y protección internacionales de estos derechos.

Ambos instrumentos consagran por primera vez en forma sistematizada los derechos fundamentales de la persona humana promoviendo la observancia y el respeto de ellos por parte de los Estados. Ambos fueron precedidos de importantes documentos relativos tanto a derechos civiles como la Carta Magna de 1215, el Acta de Habeas Corpus de 1679, El Bill of Rights de 1689 y los Fueros españoles de Castilla y Aragón. Otros antecedentes más cercanos lo constituyeron la Declaración de Virginia de 1776 y la Declaración Francesa de 1789. También tuvieron su incidencia ciertos documentos adoptados a fines del siglo XIX y en el correr del siglo XX como es el caso de los Convenios de Ginebra de 1864 y 1906, la Convención contra la esclavitud de 1926, las Convenciones sobre refugiados de 1933 y 1938. Un antecedente valioso en la adopción de la Declaración Americana durante la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948 fue la Conferencia de Chapultepec, México de 1945 llamada Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz que sirvió para aunar posiciones dentro de los Estados

Americanos ante la Conferencia de San Francisco, origen de las Naciones Unidas y en cuyo ámbito se acordó la adhesión de los Estados Americanos a los principios de Derecho Internacional vinculados a la protección de los derechos humanos. Asimismo las propias cartas constitutivas de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos jugaron un papel fundamental en la adopción de las referidas declaraciones. Tanto la Carta de las Naciones Unidas de 1945 como distintos documentos surgidos de reuniones Panamericanas anteriores a 1948 y la Carta de la OEA adoptada en ese año se referían a derechos humanos y a la necesidad de que los Estados los observaran.

En la Declaración Universal se establece claramente la relación entre la Carta y la Declaración cuando se señala que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre. El gran aporte de estas declaraciones fue el haber sido el puntapié inicial de un proceso evolutivo tanto desde el punto de vista jurídico como político que se proyecta hacia el futuro, abriendo la vía para el desarrollo progresivo de la promoción y protección internacional de los derechos humanos.

Asimismo han servido de base para el dictado de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos los que en su gran mayoría hacen referencia a dichas declaraciones convirtiéndolas en piezas fundamentales en los respectivos sistemas universal y regional de protección y promoción de esos derechos.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre precedió a la Declaración Universal de Derechos Humanos en ocho meses lo que demuestra la preocupación, el interés, y el principismo propio de nuestro hemisferio en esta materia.

Ambos instrumentos tienen como denominador común, la filosofía que los inspira, siendo la dignidad de la persona humana el fundamento de los derechos en ellos recogidos. Los derechos humanos son inherentes a la persona humana y el derecho tiene como misión proclamarlos para lograr su mejor respeto y garantía.

Al momento de adoptarse las declaraciones, no se les atribuyó el carácter de fuentes formales de Derecho Internacional, sino que se les reconoció un carácter inspirador, el de un ideal común a alcanzar. En este sentido la Declaración Universal proclamada como el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, se funda en el necesario respeto por los derechos de la persona humana luego de los sufrimientos que tuvieron lugar en la Segunda Guerra Mundial, de allí que René Cassin en la Asamblea Plenaria de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 la definió como una de las protestas más vigorosas y más necesarias de la humanidad en contra de la opresión. Ambas declaraciones sirvieron de guía tanto para las legislaciones internas como a nivel

internacional para lograr la progresiva vigencia de los derechos humanos. De instrumentos meramente declarativos pero con un hondo contenido jurídico y político se llegó a afirmar su plena exigibilidad jurídica. En 1968 en la Declaración de Teherán resultado de la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos se convino que la Declaración Universal constituía una obligación para los integrantes de la comunidad internacional. Con posterioridad la Declaración de Viena emanada de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 proclama a la Declaración Universal meta común para todos los pueblos y todas las naciones, fuente de inspiración y base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Distintos fundamentos se han esgrimido en la doctrina para basar el carácter vinculante hoy indiscutible de la Declaración Universal. Así se ha señalado que ella constituye la interpretación autorizada de las palabras “Derechos Humanos y Libertades Fundamentales” previstas en los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, se la ha calificado de catálogo de los derechos fundamentales a que se refiere la Carta de Naciones Unidas. Ella colma el vacío de la Carta en lo atinente a la enumeración y definición de los derechos humanos. También se ha afirmado que forma parte del Derecho Internacional consuetudinario ya que su aplicación en el tiempo con la convicción de su obligatoriedad por la generalidad de los Estados, determinó que adquiriera dicho carácter. Asimismo se le ha atribuido un efecto cristalizador y generador de derechos. Otros autores han fundado el carácter vinculante en virtud de recoger Principios Generales de Derecho.

Con relación a la Declaración Americana se le reconoció un carácter obligatorio en función de que el artículo 29 d' de la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe toda interpretación de la Convención que pueda excluir o limitar el efecto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Y por consiguiente la Convención en relación a los Estados Partes le atribuye a la Declaración Americana la misma jerarquía asignada a la Convención.

La jurisprudencia internacional se ha referido en varias oportunidades a las declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos. La Corte Internacional de Justicia aludió al tema de los Derechos Humanos, a la Declaración Universal y su valor jurídico, así como a su significación en sentencias y Opiniones Consultivas. En la Sentencia de la Barcelona – Traction en 1970 en sus párrafos 33 y 34 señala que ciertos principios generales constituyen normas imperativas de derecho Internacional al decir que son Principios que generan obligaciones erga omnes es decir de cumplimiento obligatorio por la comunidad internacional. Asimismo en la Opinión Consultiva sobre Namibia en 1971 se hace referencia a la obligatoriedad del respeto de los Derechos Humanos como consecuencia de los deberes que emanan de la Carta de las Naciones Unidas y de como esto incide en el concepto de mandato que debe ejercerse en beneficio de la humanidad, lo que se integra con el respeto indispensable de los derechos humanos.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a la naturaleza y a la fuerza jurídica de la Declaración Americana paralelamente a la Declaración Universal en su Opinión Consultiva de 14 de julio de 1989 OC 10/89: “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En su párrafo 43 expresa: “Puede considerarse entonces que a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos Derechos Humanos esenciales a los que la Carta se refiere. De manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta en materia de Derechos Humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica constante seguida por los órganos de la OEA”. Así mismo agrega en el párrafo 47: “La circunstancia de que la Declaración no sea un Tratado no lleva entonces a la conclusión de que carezca de efecto jurídico ni a la de que la Corte este imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto”.

Surge claramente la idea de que la Declaración es una proyección de la Carta. Este concepto referido a la Declaración Americana de Derechos Humanos es aplicable en todos sus términos a la Declaración Universal.

En consecuencia tanto la práctica como la doctrina y la jurisprudencia le han asignado a ambas declaraciones el carácter de fuente de obligaciones para los Estados.

Las dos declaraciones son un ejemplo del desarrollo armónico y coordinado del universalismo y del regionalismo en la promoción y protección de los Derechos Humanos. En el momento actual no es posible concebir la promoción y protección Internacional de los derechos humanos sin la adecuada coordinación de ambos. La Declaración Universal influyó en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, así como la Declaración Americana tuvo su incidencia en la normativa universal. En este sentido cabe señalar su influencia en la última etapa del proceso de redacción de la Declaración Universal así como el proyecto de Declaración Universal tuvo repercusión en la fase final de la elaboración de la Declaración Americana. Este proceso también tuvo lugar entre la Convención Europea y la redacción de los Pactos de las Naciones Unidas, los Convenios Internacionales del Trabajo con el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales entre otros.

Al momento de adoptarse las declaraciones la materia de derechos humanos se encontraba incluida en los asuntos de la jurisdicción doméstica de los Estados. Estos eran aún renuentes a admitir que estos asuntos trascendieran su jurisdicción interna y por consiguiente fueran más allá de su ámbito de soberanía. El proceso de paulatina internacionalización de los derechos humanos es irreversible. Sin perjuicio del deber del Estado de proteger de manera directa y primaria los derechos humanos dentro de su territorio existe una competencia internacional subsidiaria indispensable. Este fenómeno de internacionalización de los Derechos

Humanos reafirma aun más la importancia y la visión de quienes adoptaron estas declaraciones hace más de medio siglo.

Las declaraciones plasman una concepción global de los derechos humanos y se refieren prácticamente a todos ellos, desde los civiles y políticos a los económicos, sociales y culturales. Aunque más no sea que en una forma incipiente a través de una concepción abierta y evolutiva se pudo ir al posterior reconocimiento de nuevos derechos como el Derecho al Desarrollo, el Derecho a un Medio Ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el Derecho a la Paz. Ellas constituyeron la base para la posterior afirmación del carácter universal, interdependiente, interrelacionado e indivisible de los derechos humanos¹⁹.

Los principios que han servido de base a estas declaraciones son universales, son parte del patrimonio común de la humanidad como lo ha señalado el Prof. Héctor Gros Espiell, sin perjuicio de las diversidades culturales impuestas por las tradiciones y las distintas realidades que deben existir entre textos de distinto alcance. Dicha universalidad conceptual es reflejo de una concepción común en lo relativo a los derechos humanos.

En cuanto a la eficacia de la protección internacional de los derechos enunciados en las dos declaraciones los avances han sido considerables en la última década. En efecto a los sistemas de responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus disposiciones se ha sumado la responsabilidad penal individual por las violaciones de los derechos humanos, complementarios y subsidiarios de la interna.

Otro ejemplo de convergencia de esfuerzos universales y regionales lo tenemos en relación al marco jurídico de protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Como actores no estatales han tenido un éxito considerable en particular en lo referente al desarrollo institucional pese a que en lo atinente a la elaboración de normas jurídicas internacionales el proceso ha sido más lento.

La OIT, comenzó trabajando las cuestiones relativas a los pueblos indígenas desde 1921, particularmente en relación con los denominados trabajadores nativos de Latinoamérica. En este sentido adoptó el Convenio No.107 sobre poblaciones tribales e indígenas en 1957. Dicho Convenio identificó a los miembros de poblaciones indígenas como requiriendo una protección especial de sus derechos humanos. El Convenio fue criticado por el Movimiento Indígena al considerarlo “asimilacionista”. Esta perspectiva existente en una primera etapa fue dejada de lado para dar paso a un nuevo enfoque que reconoce la importancia del mantenimiento y desarrollo de las identidades, lenguajes y religiones de las poblaciones indígenas. Los cambios significativos producidos en los años

¹⁹ Par. 5 “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí...” Declaración y Programa de Acción de Viena. Junio 1993. Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

subsiguientes llevaron a que en 1989, con cierta participación de los representantes de los pueblos indígenas en el período de negociación, se adoptara el Convenio No.169. Este promueve el respeto por las culturas, los estilos de vida, las tradiciones, y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Reconoce el derecho a la participación en la toma de decisiones y pone especial énfasis en el valor de la tierra para los pueblos indígenas y su derecho a participar en el uso, la administración y la conservación de los recursos naturales. Aunque en la estructura tripartita de la OIT, las organizaciones indígenas no tienen una posición formal, pudieron participar en las reuniones bajo las categorías existentes. Las poblaciones indígenas dejaron de ser “objetos” del Derecho Internacional para convertirse en participantes activos de extensos diálogos multilaterales, promovidos por los órganos de derechos humanos de las organizaciones internacionales competentes en la materia.

Otro instrumento que contó durante la negociación con una amplia participación de representantes de los pueblos indígenas fue el originado bajo el patrocinio de la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías. En el marco del ECOSOC en 1982, la Subcomisión estableció un Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas para elaborar un proyecto de instrumento. Dicho Grupo inició sus labores en 1985, en forma previa al Convenio 169 de la OIT. Este último se convirtió en una “extensión efectiva” del Grupo de Trabajo aunque con una participación menos activa de los pueblos indígenas.

En 1993 el Grupo de Trabajo sobre poblaciones indígenas de la ONU completó el texto final del Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y lo envió a la Comisión de Derechos Humanos que creó un Grupo de Trabajo para su seguimiento. Dentro de los temas más polémicos se encontraron el derecho a la libre determinación, los derechos colectivos, el derecho al territorio y recursos naturales y el principio del consentimiento libre, previo e informado.

En la primera sesión del Consejo de Derechos Humanos en el año 2006, cerca de 25 años después del establecimiento de la Subcomisión del Grupo de Trabajo y luego de 11 sesiones del Grupo de Trabajo, se adoptó una declaración.

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, hito histórico en la trayectoria reivindicativa de esos pueblos. En ella se consagran los derechos individuales y colectivos y se establecen parámetros para asegurar la dignidad y el bienestar de estos pueblos. Asimismo la Declaración le da a los Estados y a los integrantes de la sociedad civil en general, un marco de acción para el diseño y puesta en práctica de las políticas que involucren a los pueblos indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas si bien no fue adoptada por unanimidad ya que contó con cuatro votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones (Azerbaijón, Bangladesh, Bhután,

Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Federación Rusa, Samoa y Ucrania) será un instrumento inspirador en el plano regional. La proyección que en el ámbito interno de los países de la región adquirirá como marco de referencia para la adopción de legislación e implementación de políticas públicas, podrá ir percibiéndose con el transcurso del tiempo. También es posible que facilite el camino para la adopción de la Declaración Americana. Proceso lento, guiado por el método del consenso, donde la participación plena tanto de los representantes de los Estados como de los pueblos indígenas es primordial.

En general las delegaciones que participan en las negociaciones son partidarias de evitar duplicaciones por lo que contar con un instrumento universal permitirá enfocar los futuros esfuerzos en aspectos específicos de la problemática regional. Al momento actual y luego de un extenso proceso de negociación que implicó la constitución en 1999 de un Grupo de Trabajo dependiente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que llevó adelante reuniones de expertos, sesiones especiales, reuniones de negociaciones para la búsqueda de consensos y sesiones de reflexión, existen tres textos que han servido de base para las discusiones.²⁰ Dichos textos se han elaborado a partir de la propuesta presentada por la CIDH y son el “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (OEA/Ser. G. CP/ doc. 287/97 del 21 de marzo de 1997), el “Texto Consolidado del Proyecto de Declaración preparado por la Presidencia” (GT/DADIN/doc.139/03 del 17 de junio de 2003) y el “Registro del estado actual del Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas” (documento GT/DADIN/ doc. 301/07 rev.1 del 27 de marzo de 2008), siendo este último el texto de trabajo. El contiene varias disposiciones pendientes de revisión habiendo sido aprobados los artículos sobre auto identificación, igualdad de género, personalidad jurídica, rechazo a la asimilación, protección contra el genocidio y dos previsiones interpretativas, mientras que no se ha alcanzado consenso respecto a la libre determinación, la situación de los derechos colectivos, el consentimiento previo, libre e informado, las previsiones sobre reparaciones, la propiedad de la tierra, territorios y recursos.

Si bien el Proyecto de Declaración Americana no ha obtenido el consenso necesario para su aprobación, existiendo disposiciones pendientes de negociación, como bien se ha señalado, existe un compromiso por parte de la OEA que anualmente renueva el mandato de su Grupo de Trabajo e insta a las partes a avanzar en la conclusión de sus trabajos. Durante el proceso se produjo un incremento de la participación del caucus de representantes indígenas en la negociación no sólo por el incremento del número de negociadores sino por la calidad del espacio reservado a los mismos en los debates. Este proceso ha sido apoyado en las Cumbres de las Américas donde los Jefes de Estado y de Gobierno han instado a realizar los esfuerzos necesarios para culminar el proceso, comprometiéndose a concluir exitosamente las negociaciones de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, según consta en el Plan

²⁰ Luís Toro Utiliano el Proyecto de Declaración Americana de Derechos Humanos

M. DEL LUJÁN FLORES

de Acción de Mar del Plata. En esa oportunidad se reconoció que el respeto de los derechos de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral.

Desde el punto de vista institucional tanto a nivel universal como regional han habido progresos notorios. En 1993 la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos recomendó la consideración, del establecimiento de un Foro Permanente para los pueblos indígenas en el marco de la década internacional sobre pueblos indígenas. Se llevaron a cabo talleres para explorar la posibilidad de recomendaciones y los representantes indígenas participaron activamente, en Grupos de Trabajo ad hoc. La recomendación del grupo de trabajo ad hoc sobre derechos humanos fue aceptada por el ECOSOC que adoptó por consenso una resolución estableciendo un Foro Permanente sobre cuestiones indígenas. El Foro es un órgano subsidiario del ECOSOC con estatus consultivo en cuestiones de su mandato. Ocho miembros fueron nominados por los gobiernos y elegidos por el ECOSOC y ocho miembros fueron nominados por el presidente del ECOSOC sobre la base de amplias consultas con las Organizaciones Indígenas. Todos los miembros actúan a título personal como expertos independientes sobre cuestiones indígenas. Es un Foro mundial único donde los representantes indígenas acceden a un órgano de Naciones Unidas en un pie de igualdad con los representantes gubernamentales.

Asimismo en virtud de la resolución 6/36 del Consejo de Derechos Humanos de diciembre de 2007 se creó el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sus cinco expertos fueron elegidos por el Consejo en junio de 2008. Es un órgano subsidiario del Consejo de Derechos Humanos que le brindará conocimientos temáticos especializados en la materia a solicitud del mencionado Consejo.

Paralelamente a los procesos desarrollados en el ámbito universal se desarrollaron acciones en el marco interamericano. El proceso iniciado en 1922 durante la V Conferencia Internacional Americana que solicitó a los gobiernos promover el estudio de las respectivas lenguas aborígenes y respeto de los monumentos arqueológicos fue continuado por las siguientes Conferencias de la Unión Panamericana.

En 1940 se llevó a cabo en México el Primer Congreso Indigenista Interamericano donde los Estados impulsaron una Convención y establecieron el Instituto Indigenista Interamericano. Años después se adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969). Estos son instrumentos jurídicos básicos en el accionar de los órganos centrales del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos en general y de los pueblos indígenas en particular. Como se verá más adelante será en el ámbito de estos dos órganos donde tendrán lugar los desarrollos más relevantes en la materia.

UNIVERSALISMO Y REGIONALISMO

Los instrumentos internacionales de derechos humanos a nivel universal e interamericano contienen disposiciones que se aplican a los pueblos indígenas, de manera genérica y específica. Dada la situación de discriminación por la que ellos atraviesan, el derecho a la igualdad, es básico en la protección de sus derechos humanos. El está recogido tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo consagra en su art.1 al establecer que los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Declaración Americana y a garantizar el pleno y libre ejercicio de tales derechos y libertades a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna índole. Asimismo el art. 24 de la Convención consagra la igualdad ante la ley. La misma Convención establece garantías para el goce de los derechos. Dentro de éstos merece particular mención la protección de aquellos derechos que son esenciales para la supervivencia como lo es el acceso a la tierra, su protección jurídica, particularmente de las tierras habitadas tradicionalmente por los pueblos indígenas así como la explotación de los recursos naturales. En este sentido el art.21 de la Convención Americana sobre derechos humanos dice: “Que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Por su parte el art.29 del mismo instrumento señala que este no puede ser interpretado para limitar el goce de cualquier derecho que pueda estar reconocido según las leyes internas u otra convención en que el Estado sea parte. En este sentido el Convenio No.169 de la Organización Internacional de Trabajo reconoce el derecho de los pueblos indígenas de ser dueños individual o colectivamente de las tierras que han ocupado.

La jurisprudencia de la Corte interpretó el alcance del art. 21 de la Convención en relación al derecho de propiedad como también lo hizo la Comisión de Derechos Humanos, utilizando el criterio recogido en el Convenio No.169 de la OIT para desarrollar las disposiciones de la Declaración y la Convención Americanas en este punto.

El primer caso donde la Corte hizo referencia al derecho consuetudinario de una comunidad indígena para señalar que este puede predominar sobre el derecho nacional pero no sobre la Convención Americana de Derechos Humanos fue el caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. La Corte entendió que quien debía regular el derecho de familia no era el derecho del Estado ya que no era eficaz en la región pues la Comunidad se regía por su propia costumbre, la costumbre saramaca. En este sentido señaló que ella sería aplicada en la medida que no fuera contraria a la Convención Americana. Así al referirse a los “ascendientes” la Corte no hizo distinción de sexos aunque ello fuera contrario a la costumbre saramaca.

Otro caso interesante fue el de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

El caso se refiere a la falta de demarcación y de reconocimiento oficial del territorio de la comunidad indígena de Mayagna (Sumo) Awas Tigni. La Corte en su sentencia decidió que el Estado violó el derecho a la protección judicial y a la propiedad en perjuicio de los miembros de la referida comunidad. En consecuencia el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de las comunidades y abstenerse de realizar hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la comunidad indígena.

Es decir que queda claramente de manifiesto el deber de demarcación del Estado y la responsabilidad emergente de haber otorgado concesiones en territorios indígenas sin el consentimiento de la comunidad. En el caso de referencia hay un reconocimiento de la propiedad comunal y de la estrecha relación que los indígenas mantienen con su tierra, lo que debe comprenderse como la base fundamental de sus culturas, criterio de interpretación que servirá para casos futuros.

La importancia de la cultura al momento de considerar los derechos de las comunidades indígenas también se percibe en el caso de la comunidad Moiwana Vs. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005. En ella la Corte se refiere a los diferentes rituales mortuorios de conformidad con la tradición Ndjuka Maroon de Moiwana cuya contravención tiene como consecuencia enfermedades de orden espiritual que se manifiestan como enfermedades físicas que pueden afectar a toda la descendencia. Esta creencia sumada al temor de que se hostilice a la comunidad son elementos indispensables a juicio de la Corte para el regreso permanente de los miembros de la comunidad a su aldea de Moiwana. A partir del ataque militar de 1986 contra la comunidad indígena en la que los soldados masacraron a hombres, mujeres y niños y destruyeron la aldea, los sobrevivientes tuvieron que huir e ir al exilio o convertirse en desplazados internos. La imposibilidad de mantener su relación con sus tierras ancestrales y sitios sagrados los ha privado de un aspecto fundamental de su identidad y de su sentido de bienestar. Al reiterar la Corte la importancia del vínculo con la tierra señala la importancia espiritual, cultural y material que tiene para los miembros de la comunidad.

La Corte notó que si bien en Suriname puede no existir una norma que impida circular libremente a través del territorio del país, la libertad de circulación y de residencia de los miembros de la comunidad se encuentra limitada por una restricción de facto muy precisa que se origina en el miedo.

Es de destacar la variación que experimentó la jurisprudencia de la Corte en relación a la reparación con las comunidades indígenas. En el primero de los casos mencionados, Aloeboetoe y otros Vs. Suriname si bien se establecieron

medidas cuyos beneficiarios eran no sólo los herederos de las víctimas, el argumento principal fue la de repararles un perjuicio a estos y no a la comunidad en su conjunto. Al cabo de diez años en el caso de la comunidad Moiwana Vs. Suriname establece reparaciones para la comunidad, esta vez a título propio.

Es claro que la evolución del derecho de los pueblos indígenas a través de la jurisprudencia interamericana va más allá de lo previsto por el derecho internacional clásico o general en relación al derecho de propiedad. En sentencias como la de la comunidad Mayagna la Corte amplió la visión del derecho de propiedad como derecho individual y desarrolló su contenido como derecho comunitario o colectivo teniendo en cuenta los aspectos culturales involucrados y le impuso al Estado la obligación de reconocer y respetar estos derechos en beneficio de la comunidad indígena. Concepto que luego fue evolucionando. Estos desarrollos sería deseable se plasmaran en la Declaración Americana. De todas formas indican aportes regionales al Derecho Internacional que lo enriquecen. Una reflexión que se impone es el reto que significa la armonización del derecho consuetudinario indígena con las normas internacionales en materia de derechos humanos, armonización que ha sido posible hasta este momento gracias a la creatividad de la jurisprudencia interamericana.

Esta armonía o convergencia que vemos se da entre lo universal y lo regional en el campo de los derechos humanos no está siempre presente inclusive las diferencias o matices se dan. El derecho internacional ha tenido una rápida y enorme expansión, no existiendo prácticamente ningún ámbito que sea ajeno a su regulación. Ello trae como consecuencia la aparición de regímenes regionales, sectoriales o particulares que cuentan con una estructura normativa e instituciones propias, con sistemas de solución de controversias y por consiguiente con jurisprudencia propia. Estos sistemas regionales generan normas y principios que como bien se ha dicho es prueba de la vitalidad del Derecho Internacional. Sin embargo, hay quienes se preocupan por la unidad del sistema universal y ven con temor la posibilidad de fragmentación. A este tema nos referimos en anterior oportunidad por lo que nos detendremos en otro aspecto que tiene relación con el juego de principios dentro de los distintos sistemas y cual es la consecuencia al tratarse por ellos asuntos similares.

En este sentido, hay una línea general de reconocimiento al derecho al medio ambiente, pero en virtud de los patrones propios de evolución de cada sistema regional o mundial habrá variantes. La tendencia general del orden jurídico internacional en su conjunto es una pero en el ámbito regional se llenan vacíos, se utilizan mecanismos puntuales de la región, produciéndose convergencias a distintas velocidades pero que en última instancia culminan en la consolidación de los derechos.

Analizaremos como se han abordado dos temas el ecológico que involucra el concepto de medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el de

M. DEL LUJÁN FLORES

integración en tres ámbitos distintos, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el MERCOSUR y en la Organización Mundial del Comercio²¹.

En el ámbito del MERCOSUR se han planteado varias controversias vinculadas a la importación de neumáticos remoldeados. La primera de ellas fue la que surgió entre Brasil y Uruguay.

El 13 de mayo de 1991 por Portaria 8/91 Brasil prohibió la importación de neumáticos “usados” clasificados en la subposición 40.12.20 de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM). Sin embargo los neumáticos “reformados” que incluyen los remoldeados, los recauchutados y los recapados eran importados, clasificados en la subposición 40.12.10 lo que se dio durante casi una década.

La Portaria 1/92 habilitó la importación de neumáticos usados bajo ciertas condiciones.

Luego la Portaria 18/92 derogó la Portaria 1/92 volviéndose a aplicar la Portaria 8/91.

En 1994 por Resolución GMC 109/94 del MERCOSUR se creó una excepción al libre comercio en relación a la importación de bienes “usados”.

El 25 de septiembre del 2002 la Portaria 8/00 deroga la Portaria 8/91 y prohíbe la importación de todo tipo de neumáticos reformados (remoldeados, recauchutados, recapados) y usados clasificados en la posición NCM 40.12.

El 29 de junio del año 2000 la Decisión CMC 22/00 establece la obligación de no adoptar medidas restrictivas al comercio recíproco.

Las restricciones al comercio llevaron a Uruguay a poner en funcionamiento el sistema de solución de controversias del MERCOSUR.

Uruguay presentó su reclamo ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc contra la Portaria 8/00 de 25 de septiembre de 2000 por la que se dispuso que no se librarán licencias de importación de neumáticos reformados y usados, extendiendo pues la prohibición a los neumáticos remoldeados que hasta ese momento no existía. Asimismo cuestionó todos los actos de Brasil conectados con la mencionada Portaria y toda otra medida tendiente a obstaculizar el acceso al territorio brasileño y la comercialización interna de tales mercaderías. Invocó los principios pacta sunt servanda, de buena fe y estoppel. Brasil consideró que la controversia se limitaba a los planteamientos efectuados durante las etapas previas al procedimiento arbitral. Tampoco invocó motivaciones de defensa medioambiental contenidas en el artículo 50 (d) del Tratado de Montevideo de 1980 que permite la

²¹ María del Luján flores, Carlos Sapriza: Análisis Jurisprudenciales. Una perspectiva Interamericana a publicarse.

aplicación de medidas de protección a la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales.

El laudo arbitral concluyó que existió un flujo comercial hacia Brasil de neumáticos remoldeados provenientes de Uruguay durante la década del noventa y dichos neumáticos no fueron considerados como usados por los distintos órganos públicos del Estado brasileño y por lo tanto no quedaron comprendidos en la prohibición de importación de neumáticos usados. Consideró que la Portaria 8/00 contradice principios generales del derecho, especialmente el principio del estoppel en relación a la conducta de Brasil. Este, no llevó el caso al Tribunal Permanente de Revisión.

La segunda controversia, también sobre la prohibición de neumáticos remoldeados se dio entre Argentina y Uruguay.

Uruguay exportaba neumáticos remoldeados a la Argentina, que buscó prohibirlo por implicancias medioambientales vinculadas a la vida y la salud. Es decir que alegó la protección a los derechos humanos.

Mediante el dictado de la Ley 25.626 de 8 de agosto de 2002 Argentina prohibió la importación de determinados productos, entre los cuales se encontraban los neumáticos remoldeados. En virtud de dicha norma, la libre circulación de bienes fue afectada en el ámbito del MERCOSUR. En el año 2005 el asunto fue llevado por Uruguay ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR, basándose en un argumento de libre comercio y descartó con relación a los neumáticos remoldeados problemas de seguridad en el tránsito o al medioambiente distintos a los que puedan generar los neumáticos nuevos. Argentina invocó el artículo 50 (d) del Tratado de Montevideo de 1980. En primera instancia el Tribunal le dio la razón a Argentina. El laudo analizó los principios invocados por las Partes en conflicto. Dentro de aquellos vinculados al proceso de integración se destacó el de la libre circulación de bienes aunque se afirmó que el libre comercio no puede gozar de prioridad absoluta puesto que es un instrumento de bienestar del ser humano y no un fin en si mismo. Asimismo se hizo referencia a otro de los principios rectores del MERCOSUR como lo es la protección de la salud y la vida de las personas, los animales y los vegetales, lo que implica la preservación del medio ambiente, tema que se consideró prioritario. En este sentido el Tribunal en la aplicación de los mencionados principios recordó que el Preámbulo del Tratado de Asunción consagra como uno de los instrumentos del proceso de integración la “preservación del medio ambiente” y que se entiende como objetivo de dicho instrumento el mejorar las condiciones de vida de los habitantes de la región. Como los neumáticos remoldeados tienen una vida menor si se comparan con los nuevos que podrían ser remoldeados y por consiguiente tener mayor duración el Tribunal consideró que los primeros aumentarían los pasivos ambientales del país que los importara. En base a estas consideraciones apoyó la prohibición argentina y dejó de lado el argumento del estoppel esgrimido por Uruguay.

Uruguay presentó un recurso de revisión contra ese laudo ante el Tribunal Permanente de Revisión donde prevaleció la posición uruguaya. Dicho tribunal consideró incompatible la ley argentina con la normativa MERCOSUR, en base a una correcta interpretación y aplicación jurídica de las excepciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980. A diferencia de lo expresado en el laudo anterior que se refiere a dos principios confrontados, sostuvo que en un esquema de integración hay un solo principio, el de libre comercio al cual se le puede anteponer ciertas excepciones como la medioambiental. Entendió que la cuestión debatida era la viabilidad o no de la excepción medioambiental al tenor de la normativa del MERCOSUR y no al tenor del Derecho Internacional. Es decir que hace primar el principio de la libertad de comercio y el tema medioambiental se limita a ser una excepción. Cabe preguntarse si se le asigna o no al tema ambiental un lugar dentro de las normas de integración. Hay una clara preeminencia en este laudo de revisión del derecho de la integración donde el principio de la libre circulación de bienes tiene especial importancia. Como veremos más adelante este laudo del TPR se acerca más a la posición asumida por la OMC en el tema. El laudo se refiere a cuatro criterios para determinar si hay mérito para una excepción que interfiera con el libre comercio. Lo primero es determinar si la medida en cuestión restringe efectivamente el libre comercio, lo segundo busca determinar si la medida tiene o no carácter discriminatorio, lo tercero si es necesaria y lo cuarto si es proporcional considerando que toda medida que opte a un libre comercio debe ser siempre evaluada con carácter restrictivo. En cuanto al *stopeel* estableció que podría ser considerado solo como un último recurso por que es ajeno al derecho de integración. En el año 2007 el tribunal trató nuevamente aspectos del laudo por que Uruguay impuso medidas compensatorias, y se le dio la razón. Los que en este caso prevalecieron son los principios propios del derecho a la integración, donde los vínculos entre los Estados tienen un peso particular.

Es interesante constatar como estos dos casos que se refieren a un mismo tema, la prohibición de importación de neumáticos remoldeados, fueron abordados por la parte reclamada de manera diferente así como también los laudos a que dieron lugar. En el primero de ellos en el año 2002 el tema ambiental no fue considerado, en cambio en el 2005, ocupó el centro de la controversia en primera instancia aunque luego ante el TPR primó la normativa de integración. La Unión Europea cuestionó formalmente en el año 2005 la prohibición de importación de neumáticos remoldeados por parte del Brasil por entender que no era compatible con la normativa de la OMC. Es así que el 20 de junio de ese año las Comunidades Europeas solicitaron consultas con Brasil sobre la imposición de medidas que estaban afectando la exportación de neumáticos remoldeados de la CE al mercado brasileño.

Asimismo cuestionaron las multas relacionadas con la importación y subsiguiente comercialización, transporte y almacenaje de tales neumáticos. También se cuestionó las exenciones que Brasil otorga a sus socios del MERCOSUR.

En ese momento la cuestión recién había sido resuelta en el MERCOSUR, y a Uruguay se le había permitido mantener la exportación de neumáticos remoldeados.

Se estableció un Panel que produjo un informe en junio de 2007. El Panel resolvió en favor del reclamo de las CE referente a las barreras de importación impuestas por Brasil a los neumáticos recauchutados. Concordó con las Comunidades en que las restricciones impuestas por Brasil eran inconsistentes con la normativa de la OMC. Aceptó la reclamación de Brasil de que el creciente volumen de neumáticos de desecho ya estaba más allá de la capacidad del Estado de darle una eliminación ambientalmente responsable y consideró que las restricciones a las importaciones y multas asociadas eran necesarias para lograr objetivos de salud pública. El artículo XX (b) del GATT permite limitar el comercio cuando resulte necesario para la protección de la vida y salud de los seres humanos y los animales así como la preservación de los vegetales.

Con respecto a las multas impuestas por Brasil sobre la importación de neumáticos recauchutados estimo qué eran inconsistentes con la normativa de la OMC en cuanto imponen condiciones limitantes en relación a la importación de neumáticos remoldeados y no se justifican bajo el artículo XX (b) ni el artículo XX (d) del Acuerdo del GATT de 1994. (Brasil argumentó que la prohibición de importación se amparaba bajo el art. XX (b) “excepciones generales” necesarias para proteger la vida, la salud humana y el medio ambiente, debido a que no hay alternativas razonables disponibles. Además sostuvo que las multas relacionadas fueron necesarias para asegurar el cumplimiento de la prohibición de importación y por lo tanto están amparadas por el artículo XX (d) “excepciones generales” para las medidas que los gobiernos toman para lograr la observancia de las leyes y reglamentos consistentes con la OMC.

El error de Brasil estuvo según el panel en la forma en que aplicó las medidas. Según el mismo artículo XX del GATT las restricciones al comercio permitidas no deben ser aplicadas de manera que “constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable..... o una restricción encubierta al comercio internacional”.

La razón principal para llegar a esa conclusión fue que la industria brasileña había importado grandes cantidades de neumáticos usados entre los años 2000 y 2005, tras numerosas resoluciones de los tribunales locales que así lo permitieron aún frente a objeciones del gobierno. En dicho período la importación de neumáticos usados se incrementó, incluso desde la UE, mientras que la importación de neumáticos recauchutados desde la UE fue detenida. El panel encontró que las importaciones de neumáticos usados permitidas mediante resoluciones judiciales internas iban contra el propósito mismo de la prohibición de los recauchutados y que había terminado por beneficiar a los industriales de neumáticos recauchutados de Brasil en detrimento de sus competidores externos.

El panel decidió abstenerse de resolver la excepción de la prohibición brasileña para los países del MERCOSUR. En esa oportunidad Brasil había argumentado que dicha excepción era necesaria en razón de la existencia de obligaciones regionales vinculantes y por su parte el panel notó que el volumen de neumáticos importados desde esos países no era significativo.

Las Comunidades Económicas presentaron una apelación el 3 de septiembre de ese año y el órgano de apelaciones produjo un informe en diciembre de 2007.

El Órgano de Apelación de la OMC consideró que la prohibición de importar los neumáticos era la forma más efectiva de proteger al medio ambiente. Concluyó que Brasil había demostrado que las medidas alternativas identificadas por las comunidades europeas no constituían alternativas razonables disponibles para la prohibición de la importación de neumáticos remoldeados que podrían alcanzar el objetivo de Brasil de reducir la acumulación de residuos de neumáticos en su territorio y encontró que la prohibición de Brasil de importar neumáticos remoldeados podía ser considerada “necesaria” en el sentido del artículo XX (b) y así provisionalmente justificado bajo el artículo XX (e).

También concluyó que la manera imperfecta en que Brasil implementó tal política, causó discriminación.

Asimismo encontró que la importación de neumáticos usados que había tenido lugar por mandato judicial se hizo en tales cantidades que los objetivos que Brasil declaró, estaban siendo significativamente desvirtuados y la medida estaba siendo aplicada en una forma que constituía una injustificable discriminación.

Al hacer esto se privilegió al libre comercio frente al derecho a la salud por que se había admitido claramente que las importaciones de neumáticos remoldeados eran claramente perjudiciales para el medio ambiente y la eliminación de las importaciones era la única forma de protegerla. De lo expuesto anteriormente surge que el principio de libre comercio tiene una gravitación mayor en la OMC que en el MERCOSUR.

Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se han planteado casos similares a los antes citados, sin embargo dentro de su jurisprudencia hay asuntos emblemáticos en relación al medioambiente y los derechos humanos como el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua²². En él, el elemento clave es el vínculo entre los pueblos indígenas y el medio ambiente, particularmente con su tierra. La especial relación y el impacto sobre la naturaleza de estos derechos han sido recogidos en el párrafo 149 que dice:

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2001, pág. 78.

UNIVERSALISMO Y REGIONALISMO

comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

En el Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala²³, se percibe una evolución al interpretarse en forma amplia el derecho a la vida. En el contexto del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado se fortalecen los conceptos de interdependencia e indivisibilidad plasmados en la Declaración de Viena y el Programa de Acción de 1993. El párrafo 144 dice:

144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

Este tribunal obviamente le otorga un carácter prioritario a los derechos humanos, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la vida, a la salud, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Dentro de cada sistema primarán presumiblemente en la resolución de los casos aquellos principios que por razón de materia le sirven generalmente al tribunal de fundamento para sus pronunciamientos, aquellos con los que está más familiarizado y prioriza.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de noviembre 1999, Pág. 40.

